Der arbeitsrechtliche Schutz der erwerbstätigen Frauen während der Schwangerschaft und nach der Entbindung

Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Sozialstaatsprinzips

Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von

Rainer Luntz
aus Holzminden

Göttingen 1973

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41534919_0029

Der arbeitsrechtliche Schutz der erwerbstätigen Frauen während der Schwangerschaft und nach der Entbindung

Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Sozialstaatsprinzips

Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von

Rainer Luntz
aus Holzminden

Göttingen 1973

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Berichterstatter: Professor Dr. Franz Gamillscheg
Mitberichterstatter: Professor Dr. Horst Neumann-Duesberg
Tag der mündlichen Prüfung: 5. Juli 1973

G l i e d e r u n g

Einleitung 1

1. Kapitel: Die Zielsetzung der Arbeit 1

2. Kapitel: Die besondere soziale Situation der erwerbstätigen Frauen während der Schwangerschaft und nach der Entbindung 2

I. Teil: Die geschichtliche Entwicklung und die Grundlagen des heutigen gesetzlichen Mutterschutzzes in der Bundesrepublik Deutschland 5

1. Kapitel: Die Entwicklung bis zum Jahr 1945 5

I Die Entwicklung bis zum Jahr 1919 5

II Das MuSchG 1927 8

III Das MuSchG 1942 11

2. Kapitel: Die Entwicklung nach 1945 14

I Der gesetzliche Mutterschutz und der Zusammenbruch des Deutschen Reiches 14

II Der gesetzliche Mutterschutz und das Grundgesetz 14

1) Der Anspruch der Mutter gem. Art. 6 Abs. 4 GG 14

2) Die Verflechtung von Art. 6 Abs. 4 GG und dem Sozialstaatsbekenntnis der Art. 20, 28 GG 16

3) Die Bedeutung der Art. 20, 28 GG und des Art. 6 Abs. 4 GG im Bereich des gesetzlichen Mutterschutzes 18

a) Die Aussage der Art. 20, 28 GG 18

aa) Die Auffassung der Literatur 18

bb) Die Auffassung des BAG 19

b) Die Aussage des Art. 6 Abs. 4 GG 20

aa) Die Auffassung Gamillschegs 20

bb) Die Auffassung des BAG 20

4) Zusammenfassende Betrachtung 21

a) Die Ausgangsforderung nach umfassendem und lückenlosem Mutterschutz 21

b) Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Betriebe als allgemeine Schranke bei der Erweiterung des gesetzlichen Mutterschutzes 22

III Die bestimmenden Gesichtspunkte für die Untersuchung des gesetzlichen Mutterschutzes in der Bundesrepublik Deutschland 24

3. Kapitel: MuSchG 1952 und MuSchG 1968 als Grundlage des gesetzlichen Mutterschutzes in der Bundesrepublik Deutschland 26

I Entwicklung und Vorgeschichte des MuSchG 1952 sowie des MuSchG 1968 26

II Der allgemeine Geltungsbereich des MuSchG 1968 und die Forderung des Art. 6 Abs. 4 GG 29

III Die Mittel des gesetzlichen Mutterschutzes 30

II. Teil: Der Gefahrenschutz für erwerbstätige Schwangere und Wöchnerinnen 31

1. Kapitel: Die Regelung im MuSchG 1952 31

I Die Bedeutung der für alle Frauen geltenden Beschäftigungsverbote 31

II Die beiden Arten der mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbote 31

III Die Beschäftigungsverbote im einzelnen 32

1) Die generellen Beschäftigungsverbote 32

a) Die Schutzfristen vor und nach der Niederkunft 32

b) Die Beschäftigungsverbote des § 4 MuSchG 1952 33

c) Das Verbot der Mehr-, Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit 33

2) Die individuellen Beschäftigungsverbote 34

3) Stellungnahme zur Regelung der Beschäftigungsverbote im MuSchG 1952 34

2. Kapitel: Die Regelung im MuSchG 1968 36

I Die generellen Beschäftigungsverbote 36

1) Vor der Entbindung 36

a) Die Schutzfristen 36

b) Die Beschäftigungsverbote und -beschränkungen 37

2) Nach der Entbindung 38

a) Die Schutzfristen 38

b) Die Beschäftigungsverbote und -beschränkungen 38

3) Das Verbot der Mehr-, Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit 38

II Die individuellen Beschäftigungsverbote 40

III Die Vorschriften zur Gestaltung des Arbeitsplatzes, § 2 MuSchG 1968 40

1) Der Grundsatz des § 2 Abs. 1 MuSchG 1968 41

2) Die Einzelmaßnahmen des Arbeitgebers gem. § 2 Abs. 2 und 3 MuSchG 1968 42

3) Die Konkretisierung des § 2 Abs. 1 MuSchG 1968 durch Rechtsverordnungen des Bundesministers für Arbeit und Sozialordnung sowie durch Einzelanordnungen der Aufsichtsbehörde 43

3. Kapitel: Die gesetzliche Regelung des Gefahrenschutzes im MuSchG 1968 und die Forderung nach lückenlosem Mutterschutz 43

I Die Ausgestaltung der Schutzfristen durch den Gesetzgeber 44

1) Die Schutzfrist vor der Entbindung 44

2) Die Schutzfrist nach der Entbindung 44

3) Die Angleichung der Schutzfristen für Tagesmädchen und Hausgehilfinnen 45

II Die Einfügung des § 2 MuSchG 1968 46

III Zusammenfassende Bewertung 46

III. Teil: Die Entgeltsicherung der erwerbstätigen Schwangeren und Wöchnerinnen 47

1. Kapitel: Das Ziel der Entgeltsicherung 47

2. Kapitel: Die Regelung im MuSchG 1952 48

I Übersicht 48

II Die Entgeltsicherung während der Schutzfristen 49

1) Die nicht pflichtversicherten Arbeitnehmerinnen 49

2) Die pflichtversicherten Arbeitnehmerinnen 50

3) Die zulässigerweise gekündigten Hausgehilfinnen und Tagesmädchen 50

4) Zusammenfassende Bewertung 51

III Die Sonderunterstützung für Hausgehilfinnen 51

IV Die Entgeltsicherung bei individuellen und generellen Beschäftigungsverboten außerhalb der Schutzfristen 53

1) Die gesetzliche Regelung 53

2) Die Streitfragen in diesem Bereich der Entgeltsicherung 54

3) Die weiterwährende Bedeutung des damaligen Streitstandes für die heutige Diskussion 55

4) Der Entgeltschutz der werdenden Mutter oder Wöchnerin beim Verbot der Beschäftigung mit Mehr-, Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit 55

a) Die Auffassung des BAG im Urteil vom 24.6.1960 55

b) Die Auffassung der Literatur 58

aa) Die herrschende Meinung 58

bb) Die abweichende Auffassung Gamillschegs 60

5) Der Entgeltschutz der werdenden Mutter oder Wöchnerin, die aufgrund eines der in den §§ 3 Abs. 1, 6 Abs. 2 MuSchG 1952 enthaltenen Beschäftigungsverbote völlig mit der Arbeit aussetzen muß 62

a) Die Auffassung des BAG 63

b) Die Auffassung der Literatur 64

aa) Die herrschende Meinung 64

bb) Die abweichende Auffassung Gamillschegs 66

cc) Die Entgegnung der herrschenden Meinung 68

6) Der Entgeltschutz der werdenden Mutter oder Wöchnerin, die aufgrund ärztlichen Attests von Akkord- auf Zeitlohn umgesetzt wird, aber ihre bisherige Tätigkeit beibehält 69

a) Die Auffassung des BAG 69

aa) Die Auffassung des BAG im Urteil vom 9.8.1963 69

bb) Vergleichende Analyse der BAG-Urteile vom 24.6.1960 und 9.8.1963 73

b) Die Auffassung der Literatur 75

aa) Die Kritiker des BAG 75

bb) Die Befürworter des BAG 77

cc) Analysierende Betrachtung der Literaturauffassungen 79

3. Kapitel: Die Regelung im MuSchG 1968 80

I Die Entgeltsicherung während der Schutzfristen 80

1) Das Mutterschaftsgeld 80

2) Der Zuschuß des Arbeitgebers zum Mutterschaftsgeld gem. § 14 MuSchG 1968 82

3) Vergleich mit der Regelung im MuSchG 1952 84

II Die Sonderunterstützung für die im Familienhaushalt beschäftigten Frauen, § 12 MuSchG 1968 85

III Die Entgeltsicherung bei individuellen und generellen Beschäftigungsverboten außerhalb der Schutzfristen 86

1) Die gesetzliche Regelung 86

2) Vergleich mit der Regelung im MuSchG 1952 87

a) Die Verbesserung der Entgeltsicherung durch § 11 Abs. 1 MuSchG 1968 87

b) Die Regelung des § 11 Abs. 3 MuSchG 1968 88

IV Das MuSchG 1968 und die Forderung nach lückenloser Entgeltsicherung 90

4. Kapitel: Einzelfragen zur mutterschutzrechtlichen Entgeltsicherung durch das MuSchG 1968 92

I Die Entgeltsicherung bei schwangerschaftsbedingter Unfähigkeit, den Weg zur Arbeitsstätte zurücklegen zu können; das "Wegerisiko" 92

1) Die Auffassung des BAG im Urteil vom 7.8.1970 93

2) Kritische Betrachtung des Urteils 96

a) Die methodischen Bedenken 96

b) Die inhaltlichen Bedenken 97

aa) Geht das Wegerisiko allgemein zu Lasten der Arbeitnehmer? 98

bb) Die Bedeutung einer "allgemeinen" Wegerisikoregelung im Bereich des gesetzlichen Mutterschutzes 100

cc) Die Bedeutung des Art. 6 Abs. 4 GG für die Tragung des Wegerisikos 102

dd) Das Regelungsprimat des Gesetzgebers 105

α) Die Kritik an der im Urteil vom 7.8.1970 geäußerten Auffassung des BAG 105

ß) Die neuere Auffassung des BAG im Urteil vom 9.9.1971 108

3) Die eigene Lösung 110

a) Unmittelbare Anwendung der §§ 11, Abs. 1, 3 Abs. 1 MuSchG 1968 110

b) Analoge Anwendung der §§ 11 Abs. 1, 3 Abs. 1 MuSchG 1968 unter Berücksichtigung der Zielsetzung des MuSchG 1968 111

c) Die Prüfung der Interessenlageidentität 112

aa) Die Interessenlage der werdenden Mutter 113

bb) Die Interessenlage des Arbeitgebers 113

d) Die sachlichen Anknüpfungspunkte für die Belastung des Arbeitgebers mit dem Wegerisiko 114

4) Zusammenfassende Betrachtung 116

II Die Berücksichtigung von Anwesenheitsprämien bei der Berechnung des Mutterschutzlohnes gem. §§ 11 Abs. 1, 14 MuSchG 1968 116

1) Die Auffassung des BAG im Urteil vom 30.3. 1967 117

2) Die bisherige Auffassung der Literatur 118

3) Die neuere Auffassung des BAG im Urteil vom 29.1.1971 119

4) Zusammenfassende Betrachtung 122

III Die Entgeltsicherung der werdenden Mutter bei außergewöhnlichen Schwangerschaftsbeschwerden 123

1) Die Konkurrenz von Mutterschutz- und Krankenlohn 123

a) Die Problemstellung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht 124

b) Die Lehre von dem Erfordernis der ausschließlichen Kausalität des mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbots für den Arbeitsausfall im Rahmen des § 11 Abs. 1 MuSchG 1968 127

c) Die Lehre von der differenzierten Bewertung der Krankheitsursache 128

d) Die Auffassung Töns' 129

e) Die Auffassung Gamillschegs 130

f) Die neuere Auffassung in der Literatur (Waldeyer) 131

aa) Die Kritik an Töns 131

bb) Die Kritik an der Lehre von der ausschließlichen Kausalität zwischen Beschäftigungsverbot und Arbeitsausfall im Rahmen des § 11 Abs. 1 MuSchG 1968 132

cc) Die Lösung Waldeyers im einzelnen 134

α) Für § 11 Abs. 1 MuSchG 1968 reicht die Mitursächlichkeit des mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbots 134

ß) Der Vorrang des § 11 Abs. 1 MuSchG 1968 als Folge eines umfassenden Vergleichs der Vorschriften über die Lohnausfallerstattung 135

dd) Die eigene Stellungnahme 138

2) Die Konkurrenz von Mutterschaftsgeld und Krankenlohn, § 1 Abs. 2 Nr. 3 LFG 140

IV Der Lohnanspruch der Schwangeren und Wöchnerinnen bei Arbeitsausfall infolge von Anordnungen oder Maßnahmen gem. § 2 MuSchG 1968 142

1) Die verneinende Auffassung 142

2) Die bejahende Auffassung 143

3) Die Beurteilung des Streitstandes 145

V Zusammenfassende Betrachtung der mutterschutzrechtlichen Entgeltsicherung 146

1) Die Tendenz in der Rechtsprechung des BAG 146

2) Die Tendenz in der Literatur 146

3) Die eigene Wertung 147

IV. Teil: Der Kündigungsschutz der erwerbstätigen Schwangeren und Wöchnerinnen 148

1. Kapitel: Der Kündigungsschutz als Ergänzung des Gefahrenschutzes und der Entgeltsicherung 148

2. Kapitel: Die gesetzliche Regelung des Kündigungsschutzes und die damit verbundenen Einzelfragen 149

I Der Grundsatz des § 9 Abs. 1 MuSchG 1968 149

II Die Zwei-Wochen-Frist des § 9 Abs. 1 MuSchG 1968 152

1) Der Zweck der Zwei-Wochen-Frist 152

2) Die Ausgestaltung durch Rechtsprechung und Literatur 153

3) Die Verfassungsmäßigkeit der Zwei-Wochen-Frist 154

a) Die Kritiker der Verfassungsmäßigkeit 154

aa) Verstoß gegen Art. 6 Abs. 4 GG 155

bb) Verstoß gegen Art. 3 GG 156

cc) Verstoß gegen Art. 20, 28 GG 156

b) Der Beschluß des BVerfG vom 25.1.1972 156

aa) Die inhaltliche Beschränkung des Beschlusses 157

bb) Die Vereinbarkeit des § 9 Abs. 1 MuSchG 1968 mit Art. 6 Abs. 4 GG 158

cc) Die Vereinbarkeit des § 9 Abs. 1 MuSchG 1968 mit Art. 3 GG 159

dd) Die Vereinbarkeit des § 9 Abs. 1 MuSchG 1968 mit den Art. 20, 28 GG 160

III Die Zulässigerklärung der Kündigung gem. § 9 Abs. 3 MuSchG 1968 161

IV Die Lösung des Arbeitsverhältnisses seitens der Arbeitnehmerin 163

1) Die Sonderberechtigung zur Kündigung gem. § 10 Abs. 1 MuSchG 1968 164

2) Die gesetzliche Fiktion des § 10 Abs. 2 MuSchG 1968 165

V Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne Kündigung 168

1) Die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages 168

2) Die Anfechtung des Arbeitsvertrages 168

a) Die Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB 169

b) Die Anfechtung nach § 123 BGB 170

3) Die Beendigung des befristeten Arbeitsverhältnisses durch Ablauf der Befristung 172

a) Der Grundsatz 172

b) Die Geltendmachung der Befristung als unzulässige Rechtsausübung 174

4) Die Beendigung des auflösend bedingten Arbeitsverhältnisses durch Eintritt der Bedingung 176

5) Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch kollektivrechtliche Kampfmaßnahmen 177

a) Die frühere Auffassung des BAG 178

aa) Das Urteil vom 19.10.1960 178

bb) Das Urteil vom 25.1.1963 179

b) Die weiterführende Auseinandersetzung in der Literatur 181

c) Die neuere Auffassung des BAG, wie sie im Beschluß des Großen Senats vom 21.4.1971 zutage tritt 182

aa) Die Ausgangsfrage 183

bb) Die allgemeinen Erwägungen des Großen Senats zum Wesen des Arbeitskampfes 183

cc) Die Konsequenzen für die Aussperrung gegenüber Schwangeren und jungen Müttern 185

dd) Die Bedeutung der neuen Rechtsprechung für die bisherige Auseinandersetzung 186

VI Abschließende Betrachtung 188

V. Teil: Der gesetzliche Mutterschutz in der DDR 190

1. Kapitel: Die Funktion des sozialistischen Arbeitsrechts, insbesondere des Mutterschutzrechts 190

2. Kapitel: Die gesetzlichen Grundlagen des Mutterschutzes in der DDR 194

3. Kapitel: Der Gefahrenschutz für werktätige Schwangere und Wöchnerinnen 195

I Die für alle Frauen geltenden Beschäftigungsverbote 195

II Die generellen Beschäftigungsverbote für Schwangere und stillende Mütter außerhalb des Schwangerschafts- und Wochenurlaubs 196

III Die individuellen Beschäftigungsverbote für Schwangere und stillende Mütter 197

IV Der Schwangerschafts- und Wochenurlaub 199

V Die Gewährung von Stillpausen 201

4. Kapitel: Die Entgeltsicherung der werktätigen Schwangeren und Wöchnerinnen 201

I Die Entgeltsicherung der auf Schonplätzen arbeitenden Frauen 202

II Die Entgeltsicherung der Frauen beim völligen Einstellen der Arbeit 202

III Die Entgeltsicherung während des Schwangerschafts- und Wochenurlaubs 204

1) Die sozialversicherten Frauen 204

2) Die nicht sozialversicherten Frauen 205

IV Die Entgeltsicherung bei vorübergehender Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit, Arbeitsunfall oder Berufskrankheit, wenn diese während des Schwangerschafts- oder Wochenurlaubs auftritt 206

5. Kapitel: Der Kündigungsschutz der werktätigen Schwangeren und Wöchnerinnen 207

I Der Schutz bei fristgemäßer Kündigung 207

II Der Schutz bei fristloser Entlassung 208

1) Die Zulässigkeit der fristlosen Entlassung 209

2) Kein Recht der Arbeitnehmerin zur einseitigen, fristlosen Beendigung des Arbeitsverhältnisses 210

III Der Schutz bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne Kündigung 211

1) Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund einer Anfechtung durch den Betrieb 211

2) Die Beendigung des befristeten Arbeitsverhältnisses durch Ablauf der Befristung 212

3) Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch kollektivrechtliche Kampfmaßnahmen 212

6. Kapitel: Das Ruhen des Arbeitsverhältnisses im Anschluß an den Wochenurlaub 213

Literaturverzeichnis

Arning	Anm. zu BAG vom 14.10.1954, BABl. 1955, 258 (259)
Aye	Das Mutterschutzgesetz in der Fassung vom 18. April 1968 Kommentar 6. Aufl., Essen Stand vom August 1969
Baarz	Der befristete Arbeitsvertrag und Mutterschutz DB 1965, 741
Bachof	Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates VVDStRL, Heft 12 (1954), S. 37
Becher	Lohnfortzahlungsgesetz Kommentar Bonn-Bad Godesberg 1971
Bericht der Bundesregierung und Materialien zur Lage der Nation 1972	Herausgegeben vom Bundesministerium für innerdeutsche Beziehungen Bonn 1972
Bonner Kommentar	Kommentar zum Bonner Grundgesetz Hamburg 1950 ff. Stand vom Oktober 1971
Bossmann/Weise	Gedanken zur unbezahlten Freizeit für Mütter AuA 1965, 161
Bötticher	Anm. zu BAG vom 25.1.1963, SAE 1963, 81 (83)
Brackmann	Handbuch der Sozialversicherung Bd. II 1. - 7. Aufl., Bonn-Bad Godesberg 1972
Brecht	Lohnfortzahlung für Arbeiter Kommentar Herne/Berlin 1970
Brill	Lohnfortzahlung und Arbeitskampf DB 1972, 532
Brox/Rüthers	Arbeitskampfrecht Stuttgart 1965
Bulla	Anm. zu LAG Stuttgart vom 31.3.1953, SAE 1953, 122 (125)
Bulla	Anm. zu BAG vom 14.10.1954, AR-Blattei D, Mutterschutz, Entscheidungen Nr. 5

Bulla	Anm. zu BAG vom 24.6.1960, AP Nr. 1 zu § 8 MuSchG
Bulla	Anm. zu BAG vom 9.8.1963, AR-Blattei D, Mutterschutz, Entscheidungen Nr. 24
Bulla	Entwicklung und Maximen des gesetzlichen Mutterschutzes in Deutschland ArbRdG 1964, S. 42
Bulla	Mutterschutzgesetz und Frauenarbeitsrecht Kommentar zum Mutterschutzgesetz und zum Recht des Hausarbeitstages nebst weiteren Bestimmungen über den besonderen Arbeitsschutz der erwerbstätigen Frau, den zugehörigen Durchführungs- und Ausführungsbestimmungen, Verwaltungserlassen und Bekanntmachungen München und Berlin 1954 zit.: Bulla, Mutterschutzgesetz und Frauenarbeitsrecht
Bulla	Lohn trotz Nichtleistung von Arbeit DB 1965, 1517
Bulla	Verlust des Mutterschutzes durch vorzeitige Aufgabe des Arbeitsverhältnisses DB 1963, 1151
Bulla/Hackbeil	Mutterschutzgesetz Kommentar 3. Aufl., München 1968
Butz	Das kündigungspflichtige Probearbeitsverhältnis BB 1955, 1147
Canaris	Die Feststellung von Lücken im Gesetz Schriften zur Rechtstheorie, Heft 3 Berlin 1964
Claussen	Mutterschutz als soziale Forderung BABl. Nachteil ArbSch 1961, 12
Daum	Soziale Grundrechte PdA 1968, 81
Delheid/Schreven	Die Anwesenheitsprämie PdA 1970, 10
Demmler und andere	Unser neues Gesetzbuch der Arbeit Berlin 1961
Dieterich	Das Probearbeitsverhältnis AP- lattei D, Probearbeitsverhältnis I Stuttgart

Do	Bedenkliche Umgehung ArbGeb 1968, 6
Doetsch/Schnabel/ Paulsdorff	Gesetz über die Fortzahlung des Arbeitsentgelts im Krankheitsfalle (Lohnfortzahlungsgesetz) Kommentar 3. Aufl., Bergisch Gladbach 1972
Dralle	Zum Kündigungsschutz der Schwangeren und zur Unvereinbarkeit der Zwei-Wochen-Frist des § 9 I MuSchG mit dem Grundgesetz AuR 1971, 135
Endemann	Anm. zu LAG Stuttgart vom 31.3.1953, AP 54 Nr. 16 (S. 66)
Endemann	Anm. zu BAG (GS) vom 26.4.1956, AR-Blattei D, Mutterschutz, Entscheidungen Nr. 8
Endemann	Noch einmal: Anspruch auf Arbeitsentgelt während der Schwangerschaft BB 1952, 465
Endemann	Der vorbestrafte Arbeitnehmer BB 1953, 266
Endemann	Die Grenzen des Kündigungsschutzes der erwerbstätigen werdenden Mutter BlStSozArbR 1956, 298
Endemann	Der Lohnanspruch der werdenden Mutter AuR 1953, 268
Etzold/Pompoes/Wittenbeck/Bretschneider	Das Arbeitsschutzrecht in der Deutschen Demokratischen Republik Berlin 1971
Fechner	Sozialer Rechtsstaat und Arbeitsrecht RdA 1955, 161
Fischer	Anm. zu LAG Düsseldorf/Köln vom 30.9.1971, BB 1972, 706 (706)
Fischer	Was bringt die Neuregelung der Sozialversicherung den Frauen? AuS 1947, 126
Fischwasser	Die Änderungen der gesetzlichen Krankenversicherung BABl. 1968, 82
Fischwasser	Die Neuregelung des Mutterschaftsrechts BKK 1968, Sp. 125

Forsthoff	Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates VVDStRL, Heft 12 (1954), S. 8
Frey	Die Bedeutung des sozialen Rechtsstaates für den Gleichbehandlungsgrundsatz im Arbeitsrecht AuR 1961, 368
Frey	Zur Idee und Funktion des sozialen Rechtsstaates im Arbeitsrecht AuR 1961, 298
Galperin	Aussperrung und Mutterschutz RdA 1959, 41
Gamillscheg	Anm. zu BAG vom 9.8.1963, AP Nr. 3 zu § 10 MuSchG
Gamillscheg	Besprechung des Kommentars zum Mutterschutzgesetz von Bulla in der 2. Aufl., München 1967 RdA 1968, 117
Gamillscheg	Besprechung des Kommentars zum Mutterschutzgesetz von Meisel/Hiersemann, Berlin und Frankfurt a.M. 1966 AcP 167, S. 471
Gamillscheg	Die Grundrechte im Arbeitsrecht AcP 164, S. 385
Gamillscheg	Mutterschutz und Sozialstaat Festschrift für Molitor, München und Berlin 1962, S. 57
Gamillscheg	Nipperdey und sein Kritiker JZ 1965, 47
Gangloff	Anm. zu BAG vom 28.11.1969, AP Nr. 26 zu § 620 BGB "Befristeter Arbeitsvertrag"
Geiger	Grundrechte und Rechtsprechung München 1959
Gerber	Die Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes AöR 81 (1956), S. 1
Gerischer	Zur Auslegung des § 10 MuSchG AuR 1962, 336
Görner	Der Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses nach dem Mutterschutzgesetz im Falle einer Aussperrung DB 1956, 378

Gotzen	Anm. zu BAG vom 21.1.1963, SAE 1963, 103 (105)
Gröninger/Thomas	Mutterschutzgesetz Kommentar Frankfurt 1968
Grüll	Das Arbeitsrecht der weiblichen Arbeitnehmer 2. Aufl., Neuwied/Berlin 1961
Gumpert	Befristete Aushilfsarbeitsverhältnisse BB 1965, 911
Hamann/Lenz	Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 Kommentar 3. Aufl., Neuwied und Berlin 1970
Hammerl	Der Karenzurlaub nach dem österreichischen Mutterschutzgesetz und das Karenzurlaubsgeld BABl. 1963, 633
Hartnick	Ein Beispiel "sozialer Sicherheit" in Westdeutschland AuS 1956, 414
Hartwich	Sozialstaatspostulat und gesellschaftspolitischer status quo Köln und Opladen 1970
Hecklinger	Die normative Kraft der grundgesetzlichen Sozialstaatsklausel in ihrer Bedeutung für das moderne Arbeitsrecht Diss., Düsseldorf 1960
Heimeier	Das Aushilfsarbeitsverhältnis DB 1954, 174
Herschel	Anm. zu BVerfG vom 25.1.1972, AuR 1972, 158 (160)
Herschel	Das Mutterschutzgesetz BABl. 1952, 102
Herschel	Vom Wesen des Kündigungsschutzes der Mutter (§ 9 MuSchG) AuR 1959, 257
Herzog	Allgemeine Staatslehre Frankfurt 1971
Herzog	Das Sozialstaatsprinzip als Regulativ im Recht der sozialen Sicherheit Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes, Bd. IX (1972), S. 32

Hess	Bonner Fürsorge für die werdende Mutter AuS 1962, 139
Hessel	Akkordverbot und Mutterschutzlohn Zum Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 9.8.1963, BB 1964 S. 39 BB 1964, 226
Hessel	Anm. zu BAG vom 7.8.1970, AuR 1971, 30 (31)
Hessel	Anm. zu BAG vom 29.1.1971, AuR 1972, 255 (256)
Hessel	Krankheit im Arbeitsrecht 3. Aufl., Heidelberg 1961
Hessel	Mutterschutzgesetz Kommentar Stuttgart, München, Hannover 1968 zit.: Hessel, MuSchG 1968
Hochow	Die alleinstehende werktätige Mutter und ihre finanzielle Unterstützung während der Pflege erkrankter Kinder AuS 1956, 478
Hoppe	Offenbarungspflicht bei Schwangerschaft ArbuSozPol 1971, 230
Hoyer	Der Synallagmagedanke im Arbeitsverhältnis und sein Einfluß auf Ansprüche des Arbeitnehmers bei Wegfall oder Verminderung der Arbeitsleistung wie er sich in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts darstellt Diss., Göttingen 1972
Huber	Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd. I 2. Aufl., Tübingen 1953
Hübmann	Aktuelle Probleme der Erwerbstätigkeit von Frauen und Müttern in sozialmedizinischer Sicht SozSich. 1965, 293
Hueck	Anm. zu BAG vom 14.10.1954, AP Nr. 1 zu § 13 MuSchG
Hueck	Anm. zu BAG (GS) vom 26.4.1956, AP Nr. 5 zu § 9 MuSchG
Hueck	Anm. zu BAG vom 26.8.1960, AP Nr. 20 zu § 63 HGB
Hueck	Der Sozialstaatsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts Festschrift für Apelt, München und Berlin 1958, S. 57

Hueck/Nipperdey	Lehrbuch des Arbeitsrechts Bd. I 7. Aufl., Berlin und Frankfurt a.M. 1963 zit.: Hueck/Nipperdey, ArbR Bd. I
Ipsen	Anm. zu BVerfG vom 19.12.1951, DÖV 1952, 215 (217)
Isele	Das suspendierte Arbeitsverhältnis Festschrift für Molitor, München und Berlin 1962, S. 107
Jäger	Krankheit des Arbeitnehmers 4. Aufl., Freiburg 1971
Jonkisch	Wie kann mit Hilfe des Arbeitsrechts die Gleichberechtigung der Frau verwirklicht werden? AuS 1962, 110
Kaiser	Lohnfortzahlungsgesetz Kommentar München 1970
Kehrmann/Pelikan	Lohnfortzahlungsgesetz Kommentar München 1970
Kitzelmann	Lohnfortzahlung während der Schutzfristen des Mutterschutzgesetzes? DB 1971, 288
Koch	Probezeit und Kündigungsschutz nach dem neuen Mutterschutzgesetz BB 1952, 580
Köst	Kommentar zum Mutterschutzgesetz Heidelberg 1958 zit.: Köst, MuSchG 1952
Köst	Kommentar zum Mutterschutzgesetz Heidelberg 1968
Kraft	Anm. zu BAG vom 30.3.1967, SAE 1967, 264 (267)
Krüger	Anm. zu BAG (GS) vom 26.4.1956, AuR 1957, 91 (94)
Läge	Frauenerwerbsarbeit heute BABl. 1964, 117
Larenz	Methodenlehre der Rechtswissenschaft 2. Aufl., Berlin-Heidelberg-New York 1969
Lehnecke	Die andere Ordnung in der "DDR" Hannover 1964

Leipold	Einstellungsfragebögen und das Recht auf Arbeit AuR 1971, 161
Leube	Die Berechnung des Mutterschaftsgeldzuschusses nach § 14 MuSchG DB 1968, 1219
Leube	Die neuen Vorschriften des Mutterschaftsrechts DB 1968, 131
Lieser-Triebnigg	Arbeitsgesetzbuch und Rechtsprechung RdA 1971, 85
Lindacher	Mutterschutz und Wegeverbot sowie "sonstige Pisiken des privaten Bereichs" FamRZ 1971, 235
Löwisch	Anm. zu BAG (GS) vom 21.4.1971, AR-Blattei D, Arbeitskampf I, Entscheidungen Nr. 3
Löwisch	Das Übermaßverbot im Arbeitskampfrecht - Bemerkungen zum Beschluß des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 21.4.1971 - ZfA 1971, 319
Mager	Die Grenze des Arbeitsschutzes ist erreicht ArbGeb 1967, 150
Mampel	Arbeitsverfassung und Arbeitsrecht in Mitteldeutschland Köln 1966
Mampel	Die Entwicklung des Arbeitsrechts in der SBZ Die Entwicklung des Arbeitsrechts in Ost und West Schriftenreihe der Landesvereinigung der industriellen Arbeitgeberverbände Nordrhein-Westfalens e.V., Heft Nr. 19, S. 7
von Mangoldt/Klein	Das Bonner Grundgesetz Bd. I 2. Aufl., Berlin und Frankfurt a.M. 1957
Marienhagen	Kommentar zum Lohnfortzahlungsgesetz 3. Aufl., Heidelberg 1970
Maunz	Deutsches Staatsrecht 18. Aufl., München und Berlin 1971
Maunz/Dürig/Herzog	Grundgesetz Kommentar Bd. I München, Tübingen, Speyer Stand vom August 1971

Mayer-Maly	Anm. zu BAG vom 15.5.1964, AP Nr. 35 zu § 611 BGB "Gratifikation"
Mayer-Maly	Anm. zu BAG vom 30.3.1967, AP Nr. 58 zu § 611 BGB "Gratifikation"
Mayer-Maly	Anm. zu BAG vom 29.1.1971, AP Nr. 2 zu § 611 BGB "Anwesenheitsprämie"
Mayr	Probleme des Mutterschutzgesetzes AuR 1953, 304
Meisel/Hiersemann	Mutterschutzgesetz Kommentar Berlin und Frankfurt a.M. 1966 mit Nachtrag 1968
Meisel	Anm. zu BAG vom 19.12.1968, AP Nr. 29 zu § 9 MuSchG
Meisel	Anm. zu BAG vom 31.3.1969, AP Nr. 2 zu § 11 MuSchG 1968
Meisel	Anm. zu BAG vom 9.9.1971, SAE 1972, 50 (52)
Meisel	Abschied von der Anwesenheitsprämie? DB 1972, 43
Meisel	Die Berechnung des Mutterschutzlohnes nach dem neuen Mutterschutzrecht DB 1966, 860
Menkens	Die Nachfrist des § 9 MuSchG (Entwicklung und Bedeutung) AuR 1968, 232
Michas und andere	Arbeitsrecht der DDR 2. Aufl., Berlin 1970
Migsch	Anm. zu BAG vom 30.4.1970, SAE 1971, 46 (49)
Molitor	Die Behandlung von Kettenarbeitsverträgen AR-Blattei D, Kettenarbeitsverträge I Stuttgart
Molitor	Grundsätzliches zum Kündigungsschutz des Mutterschutzgesetzes BlStSozArbR 1953, 251
Molitor/Bürger	Beendigung des Arbeitsverhältnisses AR-Blattei D, Arbeitsvertrag - Arbeitsverhältnis VIII Stuttgart
Müller	Das Arbeitskampfrecht im Beschluß des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 21. April 1971 RdA 1971, 321

Müller	Der Gedanke des sozialen Staates in der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts DB 1956, 524 (Teil I), 549 (Teil II)
Musa	Zur Rechtfertigung der Aussperrung RdA 1971, 346
Nikisch	Lehrbuch des Arbeitsrechts Bd. I, Allgemeine Lehren und Arbeitsvertragsrecht 3. Aufl., Tübingen 1961 zit.: Nikisch, ArbR Bd. I
Neumann	Schutzrechte im Probearbeitsverhältnis DB 1964, 918
Nipperdey/Säcker	Anm. zu BAG vom 3.8.1968, AP Nr. 39 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf" gleichfalls veröffentlicht in BB 1969, 321
N.N.	Neues vom Arbeitskampfrecht BAG-Beschluß zur Aussperrung beseitigte noch nicht alles Unbehagen SozFort. 1971, 193
N.N.	Anm. zu BAG vom 21.1.1963, AR-Blattei D, Krankheit des Arbeitnehmers, Entscheidungen Nr. 58
Olbersdorf	Sozialer Rechtsstaat und Arbeitsrecht AuR 1955, 128
Osthold	Voraussetzung der Anfechtung eines § 9 MuSchG unterliegenden Arbeitsvertrages ArbGeb 1953, 966
Pätzold	Den Schutz der werdenden Mutter beachten Anm. zum Urteil des ehemaligen Arbeitsgerichts der Stadtbezirke von Groß-Berlin vom 30.10.1953 AuS 1955, 245
Peters	Das Mutterschutzgesetz Kommentar Lübeck 1953
Peters	Der Sozialstaat Staatslexikon, Bd. VII 6. Aufl., Freiburg 1962, Sp. 394
Pleyer/Lieser-Triebnigg	Funktion und Entwicklung des Arbeitsrechts in der DDR RdA 1971, 65

Preis	Entgeltschutz und Arbeitgeberlasten im Mutterschutzrecht (Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Art. 6 Abs. 4 GG) AuR 1972, 42
Ramm	Die Anfechtung des Arbeitsvertrages Zur Kritik und Neubegründung der Lehre vom Arbeitsverhältnis Karlsruhe 1955
Ramm	Irrtum und arglistige Täuschung als Gründe der Anfechtung des Arbeitsvertrages AuR 1963, 161
Rappenecker	Beschäftigungsverbote und Leistungsverpflichtungen nach dem Mutterschutzgesetz DB 1955, 872
Rau/Breidbach	Der DBG zum Mutter- und Jugendschutz ArbGeb 1967, 170
Reuss	Das neue Arbeitskampfrecht AuR 1971, 353
Reuss/Jantz	Sozialstaatsprinzip und soziale Sicherheit Stuttgart 1960
Reyer	Fragen des Mutterschutzes JR 1969, 130
Richardi	Der Beschluß des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 21. April 1971 RdA 1971, 334
Richardi	Fälle und Lösungen nach höchstrichterlichen Entscheidungen/Arbeitsrecht Karlsruhe 1970
Rühl	Frauen und Sozialversicherung AuA 1969, 341
Rüthers	Anm. zu BAG vom 9.8.1963, SAE 1964, 47 (50)
Schambeck	Grundrechte und Sozialordnung Gedanken zur europäischen Sozialcharta Schriften zum öffentlichen Recht, Band 88 Berlin 1969
Schelp	Anm. zu BAG vom 21.1.1963, AP Nr. 16 zu § 2 ArbKrkhG
Scheuner	Verfassungsrechtliche Gesichtspunkte zu der Fortbildung des Arbeitskampfrechts im Beschluß des Großen Senats vom 21. April 1971 RdA 1971, 327

Schmatz/Fischwasser	Vergütung der Arbeitnehmer bei Krankheit und Mutterschaft 6. Aufl., Berlin 1970
Schmatz/Zmarzlik	Mutterschutzgesetz - Mutterschaftshilfe - 2. Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München 1968
Schmidt	Die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle nach §§ 1 - 9 LFZG DOK 1969, 749
Schmidt-Bleibtreu/ Klein	Kommentar zum Grundgesetz 2. Aufl., Neuwied und Berlin 1969
Schmidt	Der Betriebsinhaberwechsel im Regierungsentwurf eines Betriebsverfassungsgesetzes BB 1971, 1199
Schneider-Danwitz	Besprechung des Kommentars zum Mutterschutzgesetz von Bulla und Hackbeil, 2. Aufl., München 1967 NJW 1968, 195
Schnorr von Carolsfeld	Lehrbuch des Arbeitsrechts 2. Aufl., Göttingen 1954
Scholler	Die Interpretation des Gleichheitssatzes als Willkürverbot oder als Gebot der Chancengleichheit Schriften zur Rechtstheorie, Heft 16 Berlin 1969
Schulte-Langforth	Das neue Bundes-Mutterschutzgesetz BB 1952, 62
Schulte-Langforth	Mitteilung der Schwangerschaft nach Kündigung DB 1953, 738
Schulte-Langforth	Erwerbstätige Mütter und Frauenarbeitsschutz RdA 1961, 315
Schulte-Langforth	Muttergeld für Mütter mit Kindern unter 3 Jahren FamRZ 1971, 556
Seiter/Kaemmerer/ Röhrle	Teilzeitarbeit Stuttgart 1971
Söllner	Anm. zu BAG vom 7.8.1970, AP Nr. 4 zu § 11 MuSchG 1968

Söllner	Arbeitsrecht 2. Aufl., Stuttgart Berlin Köln Mainz 1971
Stahlhacke	Die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte im Jahre 1971 NJW 1972, 1073
Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland	Herausgeber: Statistisches Bundesamt/ Wiesbaden Stuttgart und Mainz 1968, 1969, 1970
Sturmhöfel	Die Sorge unserer Regierung um die Gesunderhaltung der werktätigen Frau AuS 1960, 113
Theuerkauf	Anm. zu LAG Kiel vom 25.5.1955, AP Nr. 3 zu § 9 MuSchG
Theuerkauf	Mutterschutzgesetz Kommentar Neubearbeitung der Ausgabe 1952 Köln-Deutz 1954
Töns	Der Anspruch auf Weiterzahlung des Arbeitsentgelts bei Bestehen eines Anspruchs auf Mutterschaftsgeld und während der Schutzfristen DB 1972, 826
Töns	Die wirtschaftliche Sicherung der Arbeitnehmer bei Arbeitsunfähigkeit Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1970 zit.: Töns, Arbeitsunfähigkeit
Trappe	Die Anwesenheitsprämie BB 1966, 128
Trieschmann	Anm. zu BAG vom 24.6.1965, AP Nr. 23 zu § 2 ArbKrkhG
Trieschmann	Anm. zu BAG vom 30.3.1967, AuR 1968, 220 (223)
Trieschmann	Anm. zu BAG vom 14.8.1969, AP Nr. 32 zu § 2 ArbKrkhG
Trieschmann	Die arbeitsrechtliche Regelung der Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle BABl. 1969, 533
Trieschmann	Neue Gesetzgebung auf dem Gebiet des Arbeitsvertragsrechts (Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle und Kündigungsrecht) AuR 1969, 354

Vonnahme	Das Problem der Aussperrung bei werdenden Müttern und Wöchnerinnen Diss., Köln 1967
Waldeyer	Die Lohnfortzahlung beim Zusammentreffen von Krankheit und Schlechtwetter DB 1972, 679
Waldeyer	Mutterschutzgesetz und Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle AuR 1971, 185
Weisel	Der Sozialstaatsgrundsatz des Bonner Grundgesetzes Diss., Marburg 1960
Welzel	Verbesserung des Mutterschutzes BABl. Fachteil ArbSch 1965, 240
Welzel	Neuordnung des Mutterschutzrechts Soziale Arbeit 1966, 97
Welzel	Das neue Mutterschutzrecht DB 1965, 1441
Werner	Sozialstaatliche Tendenzen in der Rechtsprechung AöR 81 (1956), S. 84
Winkler/v. der Lancken	Arbeitshygienische Aspekte der Berufstätigkeit werdender Mütter in der Industrie ArbGeb 1964, 79
Wlotzke	Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts Übersicht mit Anmerkungen für die Zeit vom Januar bis März 1963 BABl. 1963, 693
Wlotzke	Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts Übersicht mit Anmerkungen für die Zeit vom Juli bis September 1963 BABl. 1964, 309
Zacher	Zur Rechtsdogmatik sozialer Umverteilung DÖV 1970, 3
Zmarzlik	Anm. zu BAG vom 29.1.1971, AR-Blattei D, Mutterschutz, Entscheidungen Nr. 51
Zmarzlik	Anm. zu BAG vom 9.9.1971, AR-Blattei D, Mutterschutz, Entscheidungen Nr. 52

Zmarzlik	Änderung des Mutterschutzrechts AuR 1965, 294
Zmarzlik	Änderung des Mutterschutzrechts BB 1968, 130 (Berichtigung S. 432)
Zmarzlik	Das neue Mutterschutzrecht BB 1965, 1071
Zmarzlik	Mutterschutz AR-Blattei D, Mutterschutz I Stuttgart

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ÄndG 1965	Gesetz zur Änderung des Mutterschutzgesetzes und der Reichsversicherungsordnung vom 24.8.1965 (BGBl. I S. 912)
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AP	Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts Arbeitsrechtliche Praxis
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGeb	Der Arbeitgeber (Zeitschrift)
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz vom 3.9.1953 (BGBl. I S. 1267)
ArbKrkhG	Gesetz zur Verbesserung der wirtschaftlichen Sicherung der Arbeiter im Krankheitsfalle vom 26.6.1957 (BGBl. I S. 649)
AR-Blattei	Arbeitsrecht-Blattei
ArbPlSchG	Gesetz über den Schutz des Arbeitsplatzes bei Einberufung zum Wehrdienst (Arbeitsplatzschutzgesetz) i.d.F. vom 21.5.1968 (BGBl. I S. 551)
ArbRdG	Das Arbeitsrecht der Gegenwart. Jahrbuch für das gesamte Arbeitsrecht und die Arbeitsgerichtsbarkeit (1. 1963 ff.)
ArbSch	Arbeitsschutz
ArbuSozPol	Arbeit und Sozialpolitik (Zeitschrift)
Art.	Artikel
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht (Zeitschrift)
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
AuS	Arbeit und Sozialfürsorge (Zeitschrift)
AVAVG	Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung i.d.F. vom 3.4.1957 (BGBl. I S. 322)

AZO	Arbeitszeitordnung vom 30.4.1938 (RGBl. I S. 447)
BABl.	Bundesarbeitsblatt (Zeitschrift)
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Der Betriebs-Berater (Zeitschrift)
Bd.	Band
Bekl.	Beklagte(r)
betr.	betreffend
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BKK	Die Betriebskrankenkasse (Zeitschrift)
BlStSozArbR	Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht (Zeitschrift)
BMA	Bundesminister(ium) für Arbeit und Sozialordnung
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts (amtliche Sammlung)
BSHG	Bundessozialhilfegesetz i.d.F. vom 18.9.1969 (BGBl. I S. 1688)
BT	Bundestag
BTDrucks.	Drucksachen des Deutschen Bundestages
BTProt.	Protokolle des Deutschen Bundestages
BUrlG	Mindesturlaubsgesetz für Arbeitnehmer (Bundesurlaubsgesetz) vom 8.1.1963 (BGBl. I S. 2)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (amtliche Sammlung)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (amtliche Sammlung)
bzw.	beziehungsweise
CDU	Christlich-Demokratische Union
CSU	Christlich-Soziale Union
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DBest.	Durchführungsbestimmung
DDR	Deutsche Demokratische Republik

DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
d.h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DM	Deutsche Mark
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DOK	Die Ortskrankenkasse (Zeitschrift)
Einl.	Einleitung
Erl.	Erlaß
Erlg.	Erläuterung
ErsK	Die Ersatzkasse (Zeitschrift)
e.V.	eingetragener Verein
f., ff.	folgende
Fa.	Firma
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FDP	Freie Demokratische Partei
FinanzändG	Gesetz zur Verwirklichung der mehrjährigen Finanzplanung des Bundes, II. Teil - Finanzänderungsgesetz - vom 21.12.1967 (BGBl. I S. 1259)
GBA	Gesetzbuch der Arbeit vom 12.4.1961 (GBl. I S. 27)
GBl.	Gesetzblatt der DDR
gem.	gemäß
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GGG	Gesetz über die gesellschaftlichen Gerichte der DDR vom 11.6.1968 (GBl. I S. 229)
GS	Großer Senat
Halbs.	Halbsatz
HausArbTagsG	Hausarbeitstagsgesetz
HGB	Handelsgesetzbuch
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
IAO	Internationale Arbeitsorganisation, Genf
i.d.F.	in der Fassung
i.R.	im Rahmen
i.S.	im Sinne
i.V.	in Verbindung

JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
JArbSchG	Gesetz zum Schutze der arbeitenden Jugend (Jugendarbeitsschutzgesetz) vom 9.8.1960 (BGBl. I S. 665)
JW	Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
JWG	Gesetz für Jugendwohlfahrt i.d.F. vom 6.8.1970 (BGBl. I S. 1197)
JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)
KindGG	Gesetz über die Gewährung von Kindergeld und die Errichtung von Familienausgleichskassen (Kindergeldgesetz) vom 13.11.1954 (BGBl. I S. 333)
Kl.	Kläger(in)
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
LFG, LFZG	Gesetz über die Fortzahlung des Arbeitsentgelts im Krankheitsfalle (Lohnfortzahlungsgesetz) vom 27.7.1969 (BGBl. I S. 946)
lit.	litera (Buchstabe)
M	Mark der DDR
MuSchG	Mutterschutzgesetz
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
N.N.	nomen nescio (Verfasser unbekannt)
Nr.	Nummer
o.a.	oben angeführte(n)
RABl.	Reichsarbeitsblatt (Zeitschrift)
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
Rdnr.	Randnummer
RGBl.	Reichsgesetzblatt
Rspr.	Rechtsprechung
RVO	Reichsversicherungsordnung
S.	Seite(n)
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen (Zeitschrift)
SBZ	Sowjetische Besatzungszone

Schriftl.	Schriftlicher
SchwBeschG	Gesetz über die Beschäftigung Schwerbeschädigter (Schwerbeschädigtengesetz) i.d.F. vom 14.8.1961 (BGBl. I S. 1233)
scil.	scilicet (nämlich)
Soziale Arbeit	Soziale Arbeit (Zeitschrift)
SozFort.	Sozialer Fortschritt (Zeitschrift)
SozSich.	Soziale Sicherheit (Zeitschrift)
Sp.	Spalte(n)
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
SVO	Verordnung über die Sozialversicherung der Arbeiter und Angestellten vom 21.12.1961 (GBl. II S. 533)
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WRV	Die Verfassung des Deutschen Reichs (Weimarer Verfassung) vom 11.8.1919 (RGBl. S. 1383)
z.B.	zum Beispiel
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZP	Abteilung Zivilrecht der JA

Einleitung

1. Kapitel: Die Zielsetzung der Arbeit

Angesichts der aus unserer Wirtschaft nicht mehr wegzudenkenden Gegebenheit der ausgedehnten und unbedingt erforderlichen Frauenarbeit[1] gewinnen die Rechtsvorschriften immer mehr an Bedeutung, die die ganz spezielle Situation der erwerbstätigen Schwangeren und jungen Mütter zum Inhalt haben. Sie sollen sowohl in bezug auf ihre allgemeinen Grundlagen, d. h. auf die in ihnen zum Ausdruck gekommene oder doch zumindest unausgesprochen dahinterstehende Wertentscheidung des Gesetzgebers, als auch hinsichtlich ihrer weiteren Ausgestaltung durch Rechtsprechung und Lehre in dieser Arbeit kritisch beleuchtet werden.

Besondere Beachtung wird im Zusammenhang damit die Frage verdienen, inwieweit das in den Art. 20, 28 GG verankerte Bekenntnis zum Sozialstaatsgrundsatz gerade auch dieses Gebiet des Arbeitsschutzrechts in der Rechtswirklichkeit mitzugestalten vermag.

Ausgangspunkt und hauptsächlicher Gegenstand der Untersuchung sollen dabei Entwicklung und Inhalt der einschlägigen gesetzlichen Vorschriften in der Bundesrepublik Deutschland sein, während die sich daran anschließende Darstellung des gesetzlichen Mutterschutzes in der DDR nur übersichtsartigen Charakter hat. Sie kann jedoch auch in einer derartigen Form die Grundlage für einen eingehenden Vergleich bilden.

---

1 Vgl. etwa nur die Frauenenquete der Bundesregierung vom 14.9.1966, BT Drucks. V/909 und dabei insbesondere die Texttabellen 1 - 24 auf den S. 58 - 76; weiterhin die neuesten Angaben im Statistischen Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland 1968, S. 125 - 136; 1969, S. 122 - 133; 1970, S. 118 - 129. Siehe auch Hübmann, SozSich. 1965, 294 f.; Läge, BABl. 1964, 117; Schulte-Langforth, RdA 1961, 315. Schließlich erwähnt Seiter, S. 15, daß beispielsweise die überwiegende Zahl der Teilzeitbeschäftigten von Frauen gestellt wird.

Nicht behandelt werden dagegen die Fragen und Probleme, welche sich darüber hinaus im Rahmen eines allgemeinen, also nicht auf das Arbeitsleben beschränkten, gesetzlichen Frauen- und Mutterschutzes stellen.[2]

2. Kapitel: Die besondere soziale Situation der erwerbstätigen Frauen während der Schwangerschaft und nach der Entbindung

Der gesetzliche Schutz für die im Berufsleben stehenden werdenden Mütter und Wöchnerinnen ist Teil der Normen, deren Aufgabe darin besteht, die aus der abhängigen Stellung des Arbeitnehmers hervorgehenden Gefahren zu verringern.[3] Er gehört also zum allgemeinen Arbeitsschutzrecht.[4]

Seine besondere Bedeutung in diesem umfassenden Rechtsgebiet[5] erhellt aus der speziellen Situation der Schwangeren. Zu der jedem Arbeitnehmer eigenen Sorge, sich durch die abhängige Arbeit den Lebensunterhalt selbst verdienen oder aber dadurch zumindest zur Versorgung der Familie mit beitragen zu müssen, kommt erschwerend und vorrangig jene körperliche und seelische Anfälligkeit, die schon mit jeder normal verlaufenden Schwangerschaft untrennbar verbunden ist und bei der mit zusätzlichen Komplikationen einhergehenden Gravidität durchaus einen krankhaften Grad erreichen kann.

In dieser Lage sieht sich die werdende Mutter nun auch an ihrem Arbeitsplatz gesteigerten Gefahren gegenüber. Geräusche, Gerüche[6] oder andere äußere Einflüsse, die ihr vor dem Eintritt der Schwangerschaft nichts ausmachten, können jetzt sehr leicht das körperliche Wohlbefinden beeinträchtigen. Dabei ist zu bedenken, daß sie jetzt nicht

---

2 So etwa bei § 38 BSHG oder § 5 Abs. 1 JWG

3 Nikisch, ArbR Bd. I, S. 12

4 Hessel, MuSchG 1968, Einl. S. 5

5 Dazu gehören weiterhin der Arbeitszeitschutz, der allgemeine Gefahrenschutz, ferner der Schutz der Jugendlichen und Schwerbeschädigten.

6 Vgl. LAG Frankfurt/M. vom 12.5.1953, SAE 1953, 136; ArbG Bremen vom 31.5.1956, AP Nr. 1 zu § 4 MuSchG

nur in Sorge um die eigene Gesundheit, sondern in zumindest gleicher Weise auch bedacht ist, dem in ihr heranwachsenden Leben eine ungestörte Entwicklung zu ermöglichen und es daher weitgehend vor schädlichen Einflüssen jeglicher Art bewahren will.

Aber es sind nicht allein die rein körperlichen Bedrängnisse,[7] denen sie sich während dieser Zeit in umfassenderem Maße ausgesetzt sieht. In vielen Fällen sind die seelischen Auswirkungen der Schwangerschaft gleichermaßen schwerwiegend oder noch einschneidender als die körperlichen.

Das kann zum einen seine Ursache unmittelbar darin finden, daß die werdende Mutter aufgrund der mit der Gravidität verbundenen hormonellen Umstellungen des Körpers nun eher zu launischem Verhalten oder Depressionen neigt;[8] die gleiche seelische Ausnahmelage kann sich aber ebenso - als mittelbare Folge - dann ergeben, wenn die Schwangere ledig ist. Hier zeigt sich sehr oft, daß der Erzeuger des Kindes nicht gewillt ist, seinen "Pflichten" nachzukommen, und auch die Eltern beweisen vielfach ein nur geringes Verständnis für die besondere Hilfsbedürftigkeit ihrer Tochter, wenn sie ihr die gerade jetzt so dringend benötigte seelische und materielle Unterstützung entziehen.[9]

---

7 Siehe dazu ferner die in ArbGeb 1964, 79 ff. veröffentlichten Ergebnisse einer von Winkler und von der Lancken in der elektrotechnischen Industrie durchgeführten Untersuchung der Berufstätigkeit werdender Mütter unter arbeitshygienischen Aspekten. Dort wird auch auf die weitere medizinische Literatur hingewiesen.

8 Dem wird z. B. das österreichische Mutterschutzgesetz vom 13.3.1957, BGBl. Nr. 57, dadurch gerecht, daß gem. § 12 Abs. 2 in den Fällen der fristlosen Entlassung einer Schwangeren aufgrund von Tätlichkeiten, Ehrverletzungen oder ähnlichem Fehlverhalten gegenüber dem Arbeitgeber der durch die Schwangerschaft bzw. durch die Entbindung der Dienstnehmerin bedingte außerordentliche Gebührszustand zu berücksichtigen ist.

9 Darauf weist schon Gamillscheg, Festschrift für Molitor, S. 58, mit seiner Bemerkung hin, in den wirklichen Notfällen bleibe die gegenseitige Familienhilfe oftmals reine "Chimäre".

Bereits bei dieser nur kurzen Betrachtung wird deutlich, mit welcher Berechtigung man in der Rechtslehre die werdenden Mütter als die "Schwächsten der Schwachen"[10] bezeichnet, angesichts deren oftmaliger sozialer Not und Wehrlosigkeit[11] die Forderung nach einem umfassenden und lückenlosen Schutz unmittelbar einsichtig ist.[12]

---

10 Gamillscheg, Festschrift für Molitor, S. 57

11 Zu Recht bedauert Gamillscheg, Festschrift für Molitor, S. 57, daß es, im Gegensatz zu manch anderen, in vergleichbarer Lage sich befindenden Personengruppen, keine Organisation gibt, die sich gerade die Interessen der erwerbstätigen werdenden Mütter und Wöchnerinnen zu eigen macht und sie mit Aussicht auf Erfolg, also "machtvoll" vertritt.

12 Vgl. zu den weiteren in diesem Zusammenhang angeführten Argumenten, die indes überwiegend sozial- oder bevölkerungspolitischer Natur sind: Galperin, RdA 1959, 41 ff.; Gamillscheg, Festschrift für Molitor, S. 57, 59; Schnorr von Carolsfeld, S. 105 Fußnote 4

I. Teil: Die geschichtliche Entwicklung und die Grundlagen des heutigen gesetzlichen Mutterschutzes in der Bundesrepublik Deutschland

1. Kapitel: Die Entwicklung bis zum Jahr 1945

I Die Entwicklung bis zum Jahr 1919

Zwar setzte sich der Gedanke des gesetzlichen Mutterschutzes für erwerbstätige Frauen in Deutschland bereits verhältnismäßig früh durch,[13] doch war der Weg von den Anfängen bis zum heute erreichten Stand "lang und klippenreich".[14]

Nachdem die Gewerbeordnung des Norddeutschen Bundes vom 21.6.1869[15] noch keinerlei Schutzbestimmungen für die Tätigkeit der im Beruf stehenden Frauen aufwies, gewann, entsprechend dem allgemeinen Fortschreiten der Industrialisierung, auch die industrielle Frauenarbeit immer mehr an Bedeutung. Diese Entwicklung gebot, worauf vor allem von ärztlicher Seite hingewiesen wurde,[16] ein Eingreifen des Gesetzgebers sowohl auf dem Gebiet des allgemeinen Frauenarbeitsschutzes wie auch des besonderen Mutterschutzes.

Die erste Reaktion des Gesetzgebers auf derartige Bemühungen um die Berücksichtigung der besonders gefährdeten Situation werdender Mütter und Wöchnerinnen im Arbeitsprozeß war die Novelle zur Gewerbeordnung vom 17.7.1878.[17] Gem. § 135 durften gewerbliche Arbeiterinnen als Wöchnerinnen 3 Wochen nach der Niederkunft nicht beschäftigt werden. Gleichzeitig wurde für alle Frauen, also nicht nur für werdende Mütter, in Zukunft die Tätigkeit im Untertagebau verboten.[18]

---

13 Bulla/Hackbeil, Einl. Anm. 1

14 Theuerkauf, Einl. S. 9

15 Bundesgesetzbl. 1869 S. 245

16 So Bulla/Hackbeil, Einl. Anm. 1

17 RGBl. S. 199

18 So Theuerkauf, Einl. S. 9

Diese gesetzliche Hilfsmaßnahme für Mutter und Kind war darauf beschränkt, der Frau im unmittelbaren Anschluß an die Entbindung einen kurzen Zeitraum zur Pflege des Neugeborenen zu gewähren. Sie mußte ohne nennenswerten Erfolg bleiben, da das Beschäftigungsverbot nicht mit einer entsprechenden wirtschaftlichen Sicherstellung verbunden war. Weder bestand für den Arbeitgeber eine Pflicht zur Entgeltfortzahlung, noch mußte die Krankenkasse Wochengeld zahlen. So wurde die Wöchnerin während der 3 Wochen zwar von der körperlichen Belastung der Arbeitsleistung befreit, statt dessen bedrängte sie aber die - oftmals erheblich größere - finanzielle Sorge um die Gewährleistung des Lebensunterhalts.

Eine Besserung trat hier erst mit dem Gesetz betr. die Krankenversicherung der Arbeiter vom 15.6.1883[19] ein, das den Wöchnerinnen für die Dauer der Schutzfrist den Anspruch auf ein Wochengeld einräumte, § 20 Ziffer 2. Dieses Wochengeld erreichte die gleiche Höhe wie das Krankengeld und betrug damit die Hälfte des Tagelohnes. Anspruchsberechtigt war hingegen nur der vom Krankenversicherungsgesetz erfaßte Personenkreis, mithin die versicherten gewerblichen Arbeiterinnen und die Ehefrauen gewerblicher Arbeiter.

Die Novelle von 1892[20] verlängerte die Bezugsdauer für diese Unterstützung auf 4 Wochen und die Novelle von 1903[21] erweiterte sie schließlich auf 6 Wochen. Entsprechend waren auch die allgemeinen Schutzfristen durch die Novelle zur Gewerbeordnung vom 1.6.1891[22], das Arbeitsschutzgesetz, geändert worden.[23]

---

19 RGBl. S. 73

20 RGBl. S. 379, 417

21 RGBl. S. 233

22 RGBl. S. 261

23 Vgl. dazu im einzelnen Bulla, ArbRdG 1964, S. 43; Höst, MuSchG 1952, S. 25; Theuerkauf, Einl. S. 9 f.

Hatte es sich bei allen diesen Maßnahmen nur um einen Schutz für Wöchnerinnen gehandelt, so wurde 1908 zum ersten Mal ein gesetzlicher Schutz für werdende Mütter geschaffen. Vorausgegangen war dem ein besorgniserregender Anstieg der Fehl- und Frühgeburtsziffern unter der weiblichen werktätigen Bevölkerung.[24]

Aufgrund der Novelle zur Gewerbeordnung vom 28.12.1908[25] verlängerte sich die bis dahin 6 Wochen betragende Schutzfrist um 2 Wochen. Gem. § 137 Abs. 6 GewO durften nunmehr gewerbliche Arbeiterinnen vor und nach ihrer Niederkunft im ganzen während 8 Wochen, von denen 6 Wochen nach der Entbindung liegen mußten, nicht beschäftigt werden. Die gegenüber dem früheren Rechtszustand zusätzlich gewährte Arbeitsruhe konnte demnach der Schwangeren auch vor der Niederkunft zugute kommen.

Wie schon 1891 zeigte sich jedoch auch jetzt, als die Bezugsdauer des Wochengeldes nicht im gleichen Maße erweitert wurde, daß eine Schutzfristverlängerung ohne Angleichung des Wochengeldbezuges nur einen geringen praktischen Wert für die Betroffenen besaß und somit kaum als wirksame Hilfe anzusehen war.[26] Die Angleichung erfolgte erst später durch die Bekanntmachung betr. Wochenhilfe vom 3.12.1914.[27] Hiernach erhielten Wöchnerinnen, deren versicherte Männer Kriegsdienst leisteten, ein Wochengeld für insgesamt 8 Wochen, von denen 6 Wochen nach der Niederkunft liegen mußten. Das Wochengeld war als Leistung der gesetzlichen Krankenversicherung ausgestaltet und betrug eine Mark täglich, wobei allerdings die Sonn- und Feiertage mitgerechnet wurden.

---

24 Theuerkauf, Einl. S. 10

25 RGBl. S. 667

26 Theuerkauf, Einl. S. 10; auch Claussen, BABl. Fachteil ArbSch 1961, 13, stellt fest, daß Beschäftigungsverbote ohne entsprechende Entgeltsicherung "weitgehend auf dem Papier" stehen.

27 RGBl. S. 492

Während des ersten Weltkriegs und der sich unmittelbar anschließenden Jahre trat als Folge der Geschehnisse ein Stillstand des gesetzlichen Mutterschutzes ein. Erst durch die VO über die Arbeitszeit vom 2.12.1923[28] i.d.F. der Bekanntmachung vom 14.4.1927[29] erhielten die Arbeitnehmerinnen gem. § 9 Abs. 3 Gelegenheit, auf ihren Wunsch für die Dauer der Schwangerschaft und während der Stillzeit von Mehrarbeit befreit zu werden.

Entscheidend aber fiel immer noch negativ ins Gewicht, daß selbst diese noch gänzlich unvollkommenen Schutzbestimmungen nicht einmal alle berufstätigen Frauen erfaßten.[30]

II Das MuSchG 1927

Weiterführende Impulse erhielt der gesetzliche Mutterschutz in Deutschland durch die Bemühungen der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO), die 1919 ins Leben gerufen worden war. Entsprechend der vorrangigen Bedeutung des Mutterschutzes auf dem Gebiet des Arbeitsrechts befaßte sich bereits eine der ersten Konferenzen der IAO mit diesem Komplex. Das Ergebnis der Verhandlungen stellte das Übereinkommen Nr. 3 betr. die Beschäftigung der Frauen vor und nach der Niederkunft dar, das am 29.10.1919 in Washington angenommen wurde.[31]

Deutschland ratifizierte das Übereinkommen durch das Gesetz über das Washingtoner Abkommen betr. die Beschäftigung der Frauen vor und nach der Niederkunft vom 16.7.1927.[32] Die Umformung dieses internationalen Rechts in deutsches Reichsrecht war dann im wesentlichen Inhalt der folgenden zwei Gesetze:

---

28 RGBl. I S. 1429

29 RGBl. I S. 110

30 Bulla/Hackbeil, Einl. Anm. 6

31 Der Text des Übereinkommens ist abgedruckt bei Bulla/Hackbeil, Teil D Anhang Nr. 1

32 RGBl. II S. 497

(1) Das bereits vor der Ratifikation erlassene Zweite Gesetz über die Abänderung des Zweiten Buches der RVO vom 9.7.1926[33] befaßte sich mit dem sozialversicherungsrechtlichen Teil des Mutterschutzes. Es wurde später durch das Gesetz über die Wochenhilfe vom 18.5.1929[34] und das Gesetz vom 28.6.1935[35] ergänzt und entsprach weitgehend dem Washingtoner Übereinkommen.

(2) Die gesetzliche Regelung der arbeitsrechtlichen Fragen für den Bereich des Mutterschutzes war eigentlich im Zusammenhang mit der Erstellung eines allgemeinen Arbeitsschutzgesetzes vorgesehen. Die Arbeiten an diesem Gesetz zogen sich indes länger als erwartet hin, und unter dem Druck der in der Ratifikation des Washingtoner Übereinkommens gleichfalls enthaltenen Forderung nach der gesetzlichen Einführung eines arbeitsrechtlichen Mutterschutzes erfolgte die Regelung der arbeitsrechtlichen Fragen in einem besonderen Gesetz, dem Gesetz über die Beschäftigung vor und nach der Niederkunft vom 16.7.1927[36], MuSchG 1927, abgeändert durch Gesetz vom 29.10. 1927.[37]

Als wesentlicher Fortschritt ist dabei die Erweiterung des persönlichen Geltungsbereiches des Schutzgesetzes anzusehen. Von ihm wurden alle weiblichen Arbeitnehmerinnen erfaßt, die der Krankenversicherungspflicht unterlagen. Eine Ausnahme galt gem. § 1 Abs. 1 und 2 MuSchG 1927 nur für die in Betrieben der Land- und Forst-

---

33 RGBl. I S. 407

34 RGBl. I S. 98

35 RGBl. I S. 811

36 RGBl. I S. 184

37 RGBl. I S. 325

wirtschaft, der Tierzucht und Fischerei einschließlich Nebenbetrieben sowie in der Hauswirtschaft Beschäftigten.

Noch bedeutsamer aber war die erstmalige Gewährung eines arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzes für die werdenden Mütter und Wöchnerinnen. Nach § 4 MuSchG 1927 war in dem Zeitraum von 6 Wochen vor bis 6 Wochen nach der Niederkunft eine Kündigung durch den Arbeitgeber unwirksam, wenn ihm zur Zeit der Kündigung die Schwangerschaft oder die Entbindung bekannt war oder wenn die Arbeitnehmerin ihn davon unverzüglich nach Empfang der Kündigung unterrichtet hatte. Nicht berührt wurde von dieser Regelung allerdings die Wirksamkeit einer Kündigung, die der Arbeitgeber aus einem wichtigen und nicht mit der Schwangerschaft oder der Entbindung zusammenhängenden Grund ausgesprochen hatte.[38]

In der Folgezeit zeigte sich indes, daß das MuSchG 1927 trotz der nicht bestreitbaren Fortschritte, die es im Vergleich zu den früheren Bestimmungen mit sich gebracht hatte, erhebliche Unzulänglichkeiten aufwies, die in der Praxis dazu führten, daß der von ihm verfolgte Zweck, die Schwangere vor einer übermäßigen körperlichen und seelischen Belastung zu schützen, nicht erreicht wurde. Erneut war nämlich die nur unzulängliche Abstimmung der arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften mit den Wochenhilfeleistungen nicht zu übersehen.

Zum einen erreichte das Wochengeld allein nicht die Höhe des bisher verdienten Arbeitsentgelts. Die schwangeren Arbeitnehmerinnen wollten daher so lange wie möglich in ihrer Beschäftigung nachgehen, um, gerade auch unter Berücksichtigung der bei der Entbindung zu erwartenden zusätzlichen finanziellen Belastungen, nicht ausschließlich auf das niedrigere Wochengeld angewiesen zu sein.

---

38 Wegen der weiteren Verbesserungen, die das MuSchG 1927 insbesondere für die Gewährung der Schutzfristen und Stillpausen bedeutete, vgl. die Darstellung bei Bulla/Hackbeil, Einl. Anm. 2 und Bulla, ArbPdG 1964, S. 44.

Dazu kam, daß das Wochengeld in den letzten 4 Wochen vor der Niederkunft auch neben dem Arbeitsentgelt zu zahlen war, worin ein zusätzlicher finanzieller Anreiz zur Weiterarbeit liegen mußte.

III Das MuSchG 1942

Angesichts solchen nur grob lückenhaften Ineinandergreifens von sozialversicherungs- und arbeitsrechtlichen Regelungen ist Bulla darin wohl zuzustimmen, daß "diese ersten gesetzlichen Regelungen den Anforderungen an einen vollkommenen Mutterschutz nicht in allem zu genügen (vermochten)."[39]

Die hier angesprochenen Mängel blieben auch im Reichsarbeitsministerium nicht unbemerkt. So wurden bereits 1937 den Betrieben Richtlinien für die freiwillige Durchführung eines erweiterten Mutterschutzes erteilt, die als Vorgriff auf die geplante gesetzliche Neuregelung anzusehen waren und auch schon deutlich deren beabsichtigte Ausgestaltung erkennen ließen.[40]

Besonders augenfällig wurde schließlich die völlig unzureichende Sicherstellung der erwerbstätigen Frauen in den Jahren des 2. Weltkrieges. Immer häufiger wurden die männlichen Arbeitskräfte durch die Einberufung zum Wehrdienst aus dem Produktionsprozeß herausgelöst, und die Frauen mußten an ihre Stelle treten. Dadurch stieg zum einen die Gesamtzahl der berufstätigen Frauen beträchtlich. Die wachsenden Anforderungen und Schwierigkeiten der Kriegswirtschaft nahmen aber auch am Arbeitsplatz selbst die Kräfte der Arbeitnehmerinnen immer stärker in Anspruch.

---

39 Bulla/Hackbeil, Einl. Anm. 10; Camillscheg, Festschrift für Molitor, S. 59, bezeichnet das MuSchG 1927 - wohl von der heutigen Sicht aus - als "ganz unzureichend".

40 Die Richtlinien sind abgedruckt bei Bulla, Mutterschutzgesetz und Frauenarbeitsrecht, Einl. Anm. 10.

Die unbedingte Notwendigkeit eines verbesserten Mutterschutzes war damit der äußere Rahmen für das Gesetz zum Schutze der erwerbstätigen Mutter (Mutterschutzgesetz) vom 17.5.1942.[41] Entsprechend "dem kriegsbedingten Entstehungsanlaß"[42] konnte und wollte der Gesetzgeber mit dieser Regelung nicht bereits einen vollkommenen Schutz für alle Mütter gewähren. Nach der amtlichen Begründung war das Ziel vielmehr nur darin zu sehen, "die im Erwerbsleben stehende Frau vor Gefahren für ihre Mutterschaftsleistung zu schützen, einen ungestörten Schwangerschafts- und Geburtenverlauf sicherzustellen sowie Stillen und Pflege des Kindes zu gewährleisten."[43] Dennoch wurden bereits durch dieses Gesetz mehrere der in der Vergangenheit erhobenen Forderungen erfüllt.

(1) Der Geltungsbereich des neuen MuSchG wurde dahingehend erweitert, daß ihm nicht nur die krankenversicherungspflichtigen Arbeitnehmerinnen, sondern alle in Betrieben und Verwaltungen tätigen Frauen unterfielen. Nicht erfaßt wurden damit allerdings weiterhin die Hausgehilfinnen. Zwar war dem Reichsarbeitsminister durch § 1 Abs. 1 MuSchG 1942 die Möglichkeit gegeben, auf dem Wege der Rechtsverordnung einzelne Vorschriften auch auf die in der Hauswirtschaft tätigen Frauen zu erstrecken, doch machte er davon in der Praxis keinen Gebrauch.

Erwähnt werden muß jedoch, daß das MuSchG 1942 nicht für diejenigen werktätigen Frauen galt, die "nach nationalsozialistischer Auffassung nicht deutschen Blutes waren".[44]

---

41 RGBl. I S. 321

42 Bulla, ArbRdG, S. 45

43 RABl. 1942 S. III/160

44 Theuerkauf, Einl. S. 11; vgl. Abschnitt I der Ausführungsverordnung zum MuSchG 1942, RGBl. I S. 324

(2) Die Beschäftigungsverbote wurden ausgedehnt. So enthielt § 4 MuSchG 1942 ein Verbot jeder Mehr-, Nacht- sowie Sonn- und Feiertagsarbeit vor der Niederkunft und für stillende Mütter.

(3) § 6 MuSchG 1942 verschärfte die mutterschutzrechtlichen Kündigungsverbote. Die gegen den Willen der Frau erfolgende Kündigung aus Anlaß der Schwangerschaft war unzulässig. Eine Kündigung aus anderem Anlaß konnte der Arbeitgeber gegenüber einer Schwangeren oder Wöchnerin bis zum Ablauf von 4 Monaten nach der Niederkunft nicht aussprechen, wenn ihm das Bestehen der Schwangerschaft oder die Niederkunft bekannt war oder die Frau ihn unverzüglich nach Zugang der Kündigung davon unterrichtete. Allerdings konnte der Reichstreuhänder der Arbeit Ausnahmen von dem Kündigungsverbot zulassen, wenn ein wichtiger Grund die Lösung des Beschäftigungsverhältnisses erforderte, § 6 Satz 3 MuSchG 1942.

(4) Während der Dauer der Beschäftigungsverbote erhielten die Schwangeren und Mütter, soweit sie krankenversichert waren, gem. § 7 Abs. 1 MuSchG 1942 von ihrer Krankenkasse ein Wochengeld in Höhe des bisherigen Durchschnittsverdienstes der letzten 13 Wochen, das nach § 7 Abs. 2 MuSchG 1942 bis einschließlich der 26. Woche seit der Niederkunft durch ein Stillgeld von 0,50 Reichsmark ergänzt wurde. Den nicht in der gesetzlichen Krankenversicherung versicherten Frauen hatte dagegen für die Zeit des allgemeinen Beschäftigungsverbots vor und nach der Entbindung der Arbeitgeber das regelmäßige Arbeitsentgelt weiterzuzahlen, § 7 Abs. 1 Satz 3 MuSchG 1942.

Bedeutete das MuSchG 1942 - insbesondere auf dem Gebiet des Entgeltschutzes - einen wesentlichen Fortschritt gegenüber den früheren Regelungen, so zeigten sich doch in der Gesamtschau "noch beachtliche Lücken",[45] wobei die oben bereits angeführten Beschränkungen des persönlichen Geltungsbereiches wohl als die bedeutsamsten anzusehen waren.

---

45 Theuerkauf, Einl. S. 11

2. Kapitel: Die Entwicklung nach 1945

I Der gesetzliche Mutterschutz und der Zusammenbruch des Deutschen Reiches

Nach dem Kriegsende 1945 und dem sich daraus ergebenden Zusammenbruch des Deutschen Reiches wurden wesentliche Bestandteile des MuSchG 1942 ganz oder teilweise außer Kraft gesetzt. Insbesondere erfolgte durch die Krankenkassen nicht mehr die Zahlung des laut § 7 MuSchG 1942 aus den Mitteln der gesetzlichen Krankenversicherung zu gewährenden erhöhten Wochen- und Stillgeldes, das die Leistungen aus der RVO[46] überstieg. Die daraus entstandenen Mehrbelastungen waren den Krankenkassen bis dahin vom Reich erstattet worden.[47] Als diese Erstattung mit dem Zusammenbruch des Reiches wegfiel, konnten auch die Krankenkassen derartige Zahlungen nicht mehr übernehmen.

Insbesondere diese Tatsache sowie das Wissen um die große Bedeutung des Mutterschutzes gerade in den Jahren des anzustrebenden Wiederaufbaus bildeten den Ausgangspunkt für die Bestrebungen auf dem Gebiet des gesetzlichen Mutterschutzes nach 1945.[48]

II Der gesetzliche Mutterschutz und das Grundgesetz

1) Der Anspruch der Mutter gem. Art. 6 Abs. 4 GG

Hinzu kommt, daß auch das Grundgesetz in seinem Grundrechtsteil die ausdrückliche Weisung enthält, jeder Mutter Schutz und Fürsorge zuteil werden zu lassen. So gewährt Art. 6 Abs. 1 GG der Ehe und Familie den besonderen Schutz der staatlichen Ordnung, und Art. 6 Abs. 4 GG trägt der Gemeinschaft die Sorge um die Mütter auf: Jede Mutter hat Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge

---

46 Vgl. die damaligen §§ 195 a Ziffer 3 und 4, 195 b 205 RVO

47 Vgl. § 14 Abs. 3 Satz 2 MuSchG 1942; Erl. vom 16.6. 1943, RABl. 1943 S. II/277

48 Menkens, AuR 1968, 232

der Gemeinschaft.

Dabei ist anerkannt, daß diese Norm trotz ihres insoweit eher auf ein anderes Ergebnis hinweisenden Wortlauts auch die werdende Mutter in den zu schützenden Personenkreis mit einbezieht.[49] Eine den Müttern zu gewährende Fürsorge gewinnt nämlich besonders dann an Bedeutung, wenn die Frau aufgrund ihres Zustandes sich nicht mit voller Kraft um ihre eigenen Belange und die ihres zu erwartenden Kindes kümmern kann.[50]

Die Bestimmung des Art. 6 Abs. 4 GG, die gegenüber der in Art. 119 Abs. 3 WRV weitläufiger angesprochenen "Mutterschaft" klarer die einzelne Mutter als Schutzobjekt "profiliert",[51] trägt damit den sozialen Gesichtspunkten Rechnung, daß die Schwangerschaft ebenso wie der sich an die Niederkunft anschließende Zeitraum die betroffene Frau in vielfältige körperliche, seelische und wirtschaftliche Notlagen bringen kann, in denen sie des besonderen Schutzes und der Fürsorge durch die Gemeinschaft bedarf.[52] Ihre Bedeutung läßt sich wohl sehr deutlich aus den Worten des BAG ermessen, wonach "die in Art. 6 Abs. 4 GG ... zum Ausdruck gekommenen Grundsätze des Schutzes und der Fürsorge für die Mütter vor und nach der Geburt ... neben anderen zu den entscheidenden Rechtsgedanken (gehören), die für das deutsche Arbeitsrecht maßgebend sind".[53]

---

49 BAG vom 19.12.1968, AP Nr. 29 zu § 9 MuSchG; von Mangoldt-Klein, Art. 6 Anm. V, 2; Maunz/Dürig/Herzog, Art. 6 Anm. 43; Vonnahme, Diss., S. 42; Wernicke in Bonner Kommentar, Art. 6 Anm. II 4 a, b

50 Preis, AuR 1972, 45; vgl. BVerfG vom 25.1.1972, FamRZ 1972, 198 f., wo das BVerfG die Schutzfunktion des Art. 6 Abs. 4 GG gerade für die Zeit der Schwangerschaft als den primären und unbestreitbaren Inhalt der Norm bezeichnet.

51 Maunz/Dürig/Herzog, Art. 6 Anm. 41; vgl. dazu auch BVerfG vom 25.1.1972, FamRZ 1972, 199; Vonnahme, Diss., S. 43

52 Wernicke in Bonner Kommentar, Art. 6 Anm. II 4 b

53 BAG vom 19.10.1960, AP Nr. 11 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"

2) Die Verflechtung von Art. 6 Abs. 4 GG und dem Sozialstaatsbekenntnis der Art. 20, 28 GG

Ist eine derartige soziale Notsituation der Frau Ausgangspunkt für die Regelung des Art. 6 Abs. 4 GG, so folgt daraus, daß nicht nur diese Grundrechtsnorm eine weitgehende Betreuung der werdenden Mütter und Wöchnerinnen fordert, sondern daß sich ein gleichlautendes Gebot an Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung i.V. mit Art. 1 Abs. 3 GG auch aus dem Bekenntnis der Verfassung zu den Grundsätzen des sozialen Staates ergibt (Art. 20, 28 GG),[54] das seinerseits vom Grundgesetz zu einer "Grundnorm obersten Ranges"[55] erhoben wurde. Daher hat denn auch das BAG in einer späteren Entscheidung vom 25.1.1963[56] seine eben[57] zitierte Aussage erweitert und die in Art. 6 Abs. 4 GG zum Ausdruck gekommenen Grundsätze als entscheidende Rechtsgedanken des sozialen Rechtsstaates[58] und des deutschen Arbeitsrechts bezeichnet.

Zwar ist Frey[59] zuzugeben, daß der Gedanke des sozialen Rechtsstaates sowenig zur Allerweltsweisheit und Patentmedizin werden darf wie etwa der § 242 BGB. Soll dieser Gedanke, aus dem sich nach übereinstimmender Auffassung die Aufforderung an Bund und Länder ergibt, bei der Ausgestaltung ihrer Rechtsordnungen für die Sicherung eines menschenwürdigen Daseins gerade der Schwachen und Hilfsbedürftigen zu sorgen,[60] aber überhaupt eine Bedeutung in der Rechtspraxis haben, dann liegt diese doch wohl im Bereich des Arbeitsrechts und dabei insbesondere im Arbeitsschutzrecht. Hier, wo es die Aufgabe des Gesetz-

---

54 Gamillscheg, Festschrift für Molitor, S. 58; derselbe, AcP 167, 477; Schulte-Langforth, FamRZ 1971, 558

55 Huber, S. 36 f.

56 AP Nr. 24 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"

57 Siehe Anm. 53

58 Hervorhebung vom Verfasser

59 AuR 1961, 300

60 BVerfGE 1, 97 (105); Bachof, VVDStRL 12 (1954), S. 37; Fechner, RdA 1955, 162; Forsthoff, VVDStRL 12 (1954), S. 19; Ipsen, Anm. zu BVerfG vom 19.12.1951, DÖV 1952, 218; Müller, DB 1956, 526

gebers ist, den Arbeitnehmer vor den nachteiligen Folgen seiner Abhängigkeit zu schützen,[61] ist in der Tat das "Dauerkerngebiet der Sozialstaatlichkeit"[62] zu sehen.

Ist die Gemeinschaft somit durch die Verpflichtung der Verfassung auf die Grundsätze des sozialen Staates allgemein zur ausgleichenden Gerechtigkeit[63] und damit vor allem zur "Inschutznahme der Schwachen"[64] im Bereich der abhängigen Arbeit aufgerufen,[65] so kann daraus zwingend der Schluß gezogen werden, daß die Art. 20, 28 GG gleichfalls von Bedeutung sein müssen, wenn es um den Schutz der erwerbstätigen Mütter, der wohl schwächsten und daher der Fürsorge am meisten bedürftigen Gruppe unter den Arbeitnehmern geht.[66]

Daß Art. 6 Abs. 4 GG und Art. 20, 28 GG deshalb zusammengesehen werden müssen, ist allgemein anerkannt.[67] Hamann/Lenz[68] gehen dabei sogar so weit, Art. 6 Abs. 4 GG als eine "notwendige Folge der Sozialstaatserklärung des Art. 20 Abs. 1 GG" zu bezeichnen.

---

61 Nikisch, ArbR Bd. I, S. 36

62 Gamillscheg, RdA 1968, 118; Weisel, Diss., S. 40; Werner, AöR 81, S. 92

63 Huber, S. 36 f.; Nikisch, ArbR Bd. I, S. 36; Weisel, Diss., S. 30; Frey, AuR 1961, 374

64 Weisel, Diss., S. 36

65 Nach Zacher, DÖV 1970, 3, ist es Aufgabe des Sozialstaats, "für ein menschenwürdiges Dasein aller (zu) sorgen und sich um Milderung und Abbau der Wohlstandsdifferenzen und ökonomisch bedingter Abhängigkeiten (zu) bemühen". Vgl. auch BSGE 6, 213 (219); 19, 88 (92)

66 BAG vom 9.8.1963, AP Nr. 3 zu § 10 MuSchG; Bulla/Hackbeil, vor § 1 Anm. 3 a; Gamillscheg, Festschrift für Molitor, S. 58; Daum, RdA 1968, 82; Preis, AuR 1972, 47

67 Maunz/Dürig/Herzog, Art. 6 Anm. 42; Bulla/Hackbeil, vor § 1 Anm. 3 a; Gamillscheg, Festschrift für Molitor, S. 58; Dralle, AuR 1971, 140; Schulte-Langforth, FamRZ 1971, 458

68 Art. 6 Anm. 8; ebenso Vonnahme, Diss., S. 43

Es bleibt damit an dieser Stelle vorläufig festzuhalten, daß der gesetzliche Mutterschutz sowohl der Forderung des Art. 6 Abs. 4 GG als auch den in dem Bekenntnis zum Sozialstaat enthaltenen Grundsätzen entsprechen muß.

Aus dieser Erkenntnis folgt aber die Frage, welcher Inhalt der komplexen Aussage des Art. 6 Abs. 4 GG und dem Sozialstaatsgedanken denn hier überhaupt zuzuordnen ist. Angesichts einer derartigen Fragestellung zeigt sich schon, daß es nicht Aufgabe dieser Arbeit sein kann, die Bedeutung des Sozialstaatsgrundsatzes in der Gesamtheit zu untersuchen. Interessieren soll nur seine Ausstrahlung auf den abgrenzbaren Bereich des Mutterschutzes. So erübrigt sich von der thematischen Beschränkung her ein Eingehen auf die vielgestaltigen Einzelfragen, die mit dem Bekenntnis der Art. 20, 28 GG zusammenhängen, den gesetzlichen Mutterschutz jedoch nicht unmittelbar berühren.[69]

3) Die Bedeutung der Art. 20, 28 GG und des Art. 6 Abs. 4 GG im Bereich des gesetzlichen Mutterschutzes

a) Die Aussage der Art. 20, 28 GG

aa) Die Auffassung der Literatur

Auf den in der Arbeitswelt bedeutsamsten Teil des Arbeitsschutzrechts, den gesetzlichen Schutz der erwerbstätigen Schwangeren und Wöchnerinnen, bezogen, bedeutet das Bekenntnis zu den sozialen Prinzipien folgendes: Die sich aus der Mutterschaft der erwerbstätigen Frau für diese ergebenden Konflikte müssen weitgehend ausgeschaltet und die damit zusammenhängenden wirtschaftlichen und sozialen

---

69 Siehe aus der fast unübersehbaren Literatur dazu nur grundlegend Bachof, VVDStRL 12 (1954), S. 37 ff.; Forsthoff, VVDStRL 12 (1954), S. 8 ff.; weiternin Weisel, Diss., mit umfangreichem Literaturverzeichnis; Peters "Der Sozialstaat" in Staatslexikon Bd. VII, Sp. 394 f.; Reuss in Reuss/Jantz, S. 8 ff.; Herzog, Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes Bd. IX (1972), S. 32 ff.; zu den sozialpolitischen Fragen vgl. Hartwich, Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher status quo, 1970

Bedürfnisse durch Leistungen der Gemeinschaft befriedigt werden.[70]

Eine weitgehend inhaltsgleiche, aber prägnanter formulierte Forderung entnimmt Gamillscheg[71] dem Sozialstaatsgrundsatz: "Der Mutterschutz muß lückenlos sein. Solange es hier Lücken gibt, ist der Sozialstaat nicht verwirklicht."[72]

bb) Die Auffassung des BAG

Dieser Auffassung ist das BAG beigetreten. Es hat in einem Urteil vom 9.8.1963[73] unter ausdrücklicher Berufung auf Gamillscheg ausgeführt, "daß dem verfassungsrechtlich begründeten Sozialstaatsgedanken im Rahmen des Mutterschutzes eine erhebliche Bedeutung zukommt. Dieser Gedanke wird erst dann voll verwirklicht, wenn der Schutz für die im Arbeitsverhältnis stehende Mutter möglichst lückenlos ist".[74]

---

70 Bulla, ArbRdG 1964, S. 49

71 Festschrift für Molitor, S. 58; vgl. ferner derselbe, Anm. zu BAG vom 9.8.1963, AP Nr. 3 zu § 10 MuSchG

72 Ebenso Dralle, AuR 1971, 139; auch nach Rüthers, Anm. zu BAG vom 9.8.1963, SAE 1964, 50, läßt sich der Sozialstaatsklausel das Ziel eines möglichst lückenlosen Mutterschutzes entnehmen. Die besondere Notwendigkeit eines umfassenden und lückenlosen Schutzes für die werdenden Mütter und Wöchnerinnen unterstreicht ferner Vonnahme, Diss., S. 2, ohne dabei jedoch ausdrücklich den Sozialstaatsgedanken zur Begründung heranzuziehen. Auch Rau und Breidbach, ArbGeb 1967, 172, sprechen zumindest mittelbar davon, daß ein lückenloser Mutterschutz anzustreben sei.

73 AP Nr. 3 zu § 10 MuSchG, unter II 3 c cc

74 Siehe dazu auch BAG vom 19.12.1966, AP Nr. 3 zu § 12 MuSchG, wonach es das Hauptziel des gesetzlichen Mutterschutzes sein muß, "den Schutz der im Arbeitsverhältnis stehenden Mütter möglichst vollständig zu gestalten".

b) Die Aussage des Art. 6 Abs. 4 GG

aa) Die Auffassung Gamillscheg

Die bereits oben[75] angesprochene enge Verknüpfung des Sozialstaatsprinzips und des Art. 6 Abs. 4 GG führt dann nach Gamillschegs Meinung dazu, daß auch Art. 6 Abs. 4 GG in diesem Sinn modifiziert und daher so zu lesen ist: "Jede Mutter hat Anspruch auf den vollen Schutz ... der Gemeinschaft."[76] [77]

bb) Die Auffassung des BAG

In neuerer Zeit scheint das BAG auch hinsichtlich einer derartigen Auslegung des Art. 6 Abs. 4 GG der hier angeführten Meinung Gamillschegs zu folgen.

Es stellt in einer Entscheidung vom 7.8.1970[78] zunächst fest, daß ein Mutterschutz, der werdenden Müttern das Risiko aufbürdet, aufgrund von mit der Schwangerschaft zusammenhängenden Beschwerden den Weg zur Arbeitsstätte nicht zurücklegen zu können, unvollkommen ist. Der in der Praxis sich aus einer solchen Regelung ergebende Ausfall des Arbeitsentgelts oder eines entsprechenden Lohnersatzes stelle ein soziales Problem dar.

---

75 S. 17

76 Gamillscheg, Festschrift für Molitor, S. 58

77 Über die rechtliche Ausgestaltung dieser Forderung herrscht in der Literatur weithin Streit; vgl. dazu die umfangreichen Nachweise bei Bulla/Buchbeil, vor § 1 Anm. 4, und Meisel, Anm. zu BAG vom 9.9.1971, SAE 1972, 53. Es geht dabei vor allem um die Frage, ob Art. 6 Abs. 4 GG ein Grundrecht von unmittelbarer Rechtsgeltung und Anwendbarkeit ist, aus dem sich dann ein entsprechendes subjektives Recht, ein Leistungsanspruch der einzelnen Mutter ergibt, oder ob er nur die Bedeutung eines programmatischen Rechtssatzes hat. Gegen die letztere Auffassung wendet sich neuestens ausdrücklich BVerfG vom 25.1.1972, DAmPZ 1972, 198 ff., das dieser Norm einen "indenden Auftrag an den Gesetzgeber" entnimmt. Diese Frage braucht jedoch hier, wo es nur um die inhaltliche Bestimmung der Aussage des Art. 6 Abs. 4 GG, nicht aber um deren Rechtscharakter geht, nicht näher behandelt zu werden.

78 AP Nr. 1 zu § 11 MuSchG 1968; vgl. dazu auch unten S. 92 ff.

In diesen Fällen bestehe daher - gerade auch im Zusammenhang mit der Grundentscheidung des Art. 6 Abs. 4 GG - die Verpflichtung, den berufstätigen werdenden Müttern den notwendigen Schutz zu gewähren.

Eine derartige grundsätzliche Verpflichtung zur Ausfüllung dieser Lücke und damit zur "Vervollkommnung" des Mutterschutzes - die nach Ansicht des BAG in diesem Fall jedoch nur die Allgemeinheit trifft und auch nur durch den Gesetzgeber konkretisiert werden kann[79] - kann das Gericht, auch wenn es das nicht ausdrücklich erwähnt, speziell in Verbindung mit der Heranziehung des Art. 6 Abs. 4 GG allein dann bejahen, wenn es diese Grundrechtsnorm so auslegt, daß nach ihr die gesetzliche Vorsorge für die werdenden Mütter und Wöchnerinnen eine Ausgestaltung erfahren muß, die derartige Notsituationen und sozialen Probleme möglichst weitgehend von dem angesprochenen Personenkreis fernhält.

Das aber ist nichts anderes als die hier dem Art. 6 Abs. 4 GG entnommene Forderung nach lückenlosem Schutz für die werdenden Mütter und Wöcnnerinnen.

4) Zusammenfassende Betrachtung

a) Die Ausgangsforderung nach umfassendem und lückenlosem Mutterschutz

Im Hinblick auf die besondere Lage der im Erwerbsleben stehenden Schwangeren und Wöchnerinnen wird man das Bekenntnis der Verfassung zum Sozialstaat und den Auftrag des Art. 6 Abs. 4 GG in der Rechtswirklichkeit nur dann als erfüllt ansehen können, wenn auf dem Gebiet des gesetzlichen Mutterschutzes "den Schwächsten unserer gesamten Gesellschaftsordnung"[80] eine umfassende, d.h. lückenlose Fürsorge zuteil wird.

---

79 Vgl. dazu ausführlich unten S. 93 ff.

80 Vonnahme, Diss., S. 2

b) Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Betriebe als allgemeine Schranke bei der Erweiterung des gesetzlichen Mutterschutzes

Diese vom Grundsätzlichen her wohl kaum bestreitbare Forderung kann indes nicht schrankenlos gelten. Sie muß ihre praktische Grenze zumindest in der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der als "Pflichtige" in Anspruch Genommenen, hier also vor allem der Arbeitgeber,[81] finden.[82]

Ein absolut lückenlos und perfekt[83] ausgestalteter gesetzlicher Mutterschutz kann, wenn dessen Verwirklichung hauptsächlich den Betrieben obliegt, in vielen Fällen - so besonders bei Kleinbetrieben mit ausschließlich oder zumindest überwiegend weiblicher Belegschaft - eine allzu starke finanzielle Belastung für den Arbeitgeber darstellen, die ihn möglicherweise dazu zwingt, die Produktionsstätte ganz zu schließen. Dann aber verliert auch die Schwangere ihren Arbeitsplatz, und der mit solchen Regelungen verfolgte Zweck ist in sein Gegenteil verkehrt.

Unter diesem Aspekt, daß nämlich die generell wünschenswerte Ausweitung der Schutzbestimmungen eventuell nicht nur Vorteile für den geschützten Personenkreis mit sich bringt, ist ferner zu beachten, daß sich, selbst wenn es nicht zu den eben angeführten Extremfällen der Betriebsstillegung kommt, für den einzelnen Arbeitgeber bei einer ihm zusätzliche Pflichten und Kosten auferlegenden Erweiterung des gesetzlichen Mutterschutzes erhöhte Interessenspannungen ergeben können, die ihrerseits dann sehr schnell Eingang in die Personalpolitik finden und von daher die

---

81 Gamillscheg, Festschrift für Molitor, S. 82

82 So weist Preis, AuR 1972, 46, zutreffend darauf hin, daß die Verwirklichung der sozialen Grundrechte allgemein entscheidend von der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit einer Gesellschaft abhänge; ähnlich Herzog, Allgemeine Staatslehre, S. 386 und Daum, RdA 1968, 84 m.w.N. in Fußnote 36 a. Schambeck, S. 112, sieht darin die "Relativitätsgebundenheit der sozialen Grundrechte". Vgl. ferner BVerwG vom 21.10.1970, AP Nr. 33 zu § 9 MuSchG. Weiterhin ist hier stets die unmittelbare Schranke des Art. 14 GG zu beachten.

83 Den in der arbeitsrechtlichen Schutzgesetzgebung zu beobachtenden Trend zum Perfektionismus beklagt Mager, ArbGeb 1967, 150, da er auf Kosten der Überschaubarkeit und Praktikabilität in den Betrieben gehe.

Wirksamkeit des Schutzes beeinträchtigen. So erscheint, worauf Bulla[84] hinweist, nicht abwegig, daß als Folge davon in Zeiten einer allgemein sinkenden Wirtschaftskonjunktur soweit als möglich Frauen entlassen oder gar nicht erst eingestellt werden. Derartige Konsequenzen, die die "Kehrseite jedes Schutzgesetzes"[85] darstellen, gilt es zu vermeiden.

Dennoch kann diesen Gesichtspunkten gegenüber der den Art. 20, 28 GG und dem Art. 6 Abs. 4 GG zu entnehmenden allgemeinen Aussage für die Ausgestaltung des gesetzlichen Mutterschutzes insgesamt wohl nur untergeordnete Bedeutung zukommen.[86]

Das wird durch die Tatsache unterstrichen, daß statistische Übersichten über die mit dem Mutterschutz verbundenen finanziellen Belastungen der Arbeitgeber nicht geführt und diese Kosten auch überwiegend als nicht gravierend angesehen werden.[87]

---

4 ArbRdG 1964, S. 50; entsprechend Meisel/Hiersemann, Einl. Anm. 20; auch Arning, Anm. zu BAG vom 14.10.1954, AABl. 1955, 259, bemerkt, finanzielle Verpflichtungen des Arbeitgebers gegenüber den Arbeitnehmerinnen dienten allgemein nicht dazu, ihn zur Einstellung von weiblichen Arbeitskräften geneigter zu machen.

5 Mager, ArbGeb 1967, 151

86 Beachtenswert sind jedoch die neuesten Anregungen von Zmarzlik in AR-Blattei D, Mutterschutz I, unter F I 1 sowie in der Anm. zu BAG vom 9.9.1971, AR-Blattei D, Mutterschutz, Entscheidungen Nr. 52, ob nicht im Interesse einer gleichmäßigen Belastung aller Arbeitgeber erwogen werden sollte, für die mit der Fortzahlung des Arbeitsentgelts nach dem MuSchG verbundenen finanziellen Belastungen, ähnlich dem in den §§ 10 ff. LFG geregelten Verfahren, einen Ausgleich zwischen den Arbeitgebern zu schaffen.

87 Vgl. Preis, AuR 1972, 49 Fußnote 66, der eine derartige Übersicht weder von der Bundesvereinigung Deutscher Arbeitgeberverbände noch von dem regionalen Berliner Verband erhalten konnte. Entsprechende eigene Versuche verliefen gleichfalls negativ.

Auf das Fehlen einschlägigen Zahlenmaterials verweist auch der Staatssekretär im BMA, Ehrenberg; siehe BT Drucks. VI/2477, S. 2

III Die bestimmenden Gesichtspunkte für die Untersuchung des gesetzlichen Mutterschutzes in der Bundesrepublik Deutschland

Das vorgegebene Ziel steht damit fest. Es muß der Maßstab sein, an dem die seit 1945 eingetretene Entwicklung des gesetzlichen Mutterschutzes in der Bundesrepublik und der den vorläufigen Abschluß darstellende gegenwärtige Rechtszustand auf diesem bedeutsamen Teilgebiet des Arbeits- und Sozialrechts zu messen ist.[88]

Dabei werden überwiegend drei Gesichtspunkte zu berücksichtigen sein.

---

88 Aufgrund der hier vertretenen Auffassung, wonach dieses Ziel gleichermaßen dem in den Art. 20, 28 GG enthaltenen Sozialstaatsprinzip als auch der Forderung des Art. 6 Abs. 4 GG zu entnehmen ist, sich diese Normen also hinsichtlich der hier allein in Frage stehenden materiellen Teilaussage völlig decken, erübrigt sich ein Eingehen auf die dann nur noch unter formalrechtlichen Gesichtspunkten bedeutsame Frage, welcher der Vorschriften bei dieser Prüfung der systematische Vorrang zukommt.

In seinem Beschluß vom 25.1.1972, DamPZ 1972, 198 ff., behandelt das BVerfG die Vereinbarkeit der in § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG 1968 enthaltenen Zwei-Wochen-Frist mit dem Art. 6 Abs. 4 GG und stellt, nachdem es diese überzeugend bejaht hat, fest: "Schließlich scheidet auch eine Verletzung des allgemeinen Sozialstaatsprinzips aus. Denn Art. 6 Abs. 4 GG konkretisiert dieses Prinzip für seinen speziellen Bereich. Deshalb kann aus dem allgemeinen Prinzip hier kein weitergehender verfassungsrechtlicher Schutz hergeleitet werden."

Die Anwendung des "lex specialis derogat legi generali"-Satzes durch das BVerfG auf das Verhältnis Art. 6 Abs. 4 GG - Art. 20, 28 GG steht der Annahme der inhaltlichen Kongruenz dieser Vorschriften für den Komplex des gesetzlichen Mutterschutzes aber nicht entgegen. Das Gericht selbst zieht daraus ja auch nur den Schluß, eine Berufung auf das allgemeine Prinzip könnte in solchen Fällen keinen weitergehenden Schutz bieten.

(1) In welcher Weise ist der Gesetzgeber dieser so verstandenen und in erster Linie gegenüber ihm erhobenen Forderung[89] der Sozialstaatsklausel sowie dem an ihn gerichteten, bindenden Auftrag des Art. 6 Abs. 4 GG[90] nachgekommen?

(2) Wie verhält sich die Rechtsprechung, für die der Sozialstaatsgrundsatz in diesem Bereich vor allem[91] Auslegungshilfe[92] mit dem Ziel sein muß, sich in Zweifelsfällen im Sinne der Sozialstaatlichkeit zu entscheiden,[93]

---

89 Vgl. dazu BVerfGE 1, 97 (105); 6, 32 (41); 5, 85 (198); Recklinger, Diss., S. 62

90 So BVerfG vom 25.1.1972, FamRZ 1972, 199

91 Zur allgemeinen Bedeutung des Sozialstaatsgedankens in der Rspr. der obersten Gerichte vgl. auch Werner, AöR 81, 84 ff. sowie neuestens Herzog, Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes Bd. IX (1972), S. 32 ff. Er stellt dort auf S. 38 fest, es gebe keine einzige Entscheidung des BVerfG, des BVerwG und des BSG, in der ausschließlich durch die Anwendung des Sozialstaatsprinzips ein Ergebnis erzielt worden sei, das nicht auch auf andere Weise hätte erzielt werden können und das insbesondere durch andere rechtliche Gesichtspunkte abgestützt worden sei.

So für die Rspr. des BAG auch Weisel, Diss., S. 54 und Müller, DB 1956, 526.

Vgl. zu der Frage, welche Bedeutung das BAG im Rahmen seiner Rspr. allgemein dem Sozialstaatsgedanken beilegt, Weisel, Diss., S. 48 - 52; Hueck, Festschrift für Apelt, S. 57 ff.; Fechner, RdA 1955, 161 ff.; Frey, AuR 1961, 368 ff.; Müller, DB 1956, 524 ff., 549 ff.; Olbersdorf AuR 1955, 128 ff.

92 Die Auffassung, daß das Sozialstaatsprinzip Auslegungsrichtlinie sei, bezeichnete Müller, DB 1956, 526, schon 1956 als "communis opinio".

Vgl. BAG vom 14.7.1954, AP Nr. 1 zu Art. 3 GG; vom 21.10.1954, AP Nr. 7 zu § 1 KSchG; vom 3.12.1954, AP Nr. 2 zu § 13 KSchG; ferner Daum, RdA 1968, 84; Dralle AuR 1971, 139 m.w.N.; Gamillscheg, Festschrift für Molitor, S. 65; derselbe, AcP 164, S. 389; Gerber, AöR 81, S. 15; Hueck, Festschrift für Apelt, S. 60, 64 f., 71; Leipold, AuR 1971, 165; Schmidt, BB 1971, 1201 m. w. N.; Werner, AöR 81, 87 f.;

93 Fechner, RdA 1955, 161; weiterhin BAG vom 3.8.1963, AP Nr. 5 zu § 10 MuSchG

dort, wo es um die Entscheidung von Fragen geht, für deren Beantwortung das Gesetz keine unmittelbaren Anhaltspunkte gibt?

(3) Weiterhin sollen auch die in der Literatur zu den angesprochenen Fragen vertretenen Auffassungen herangezogen und daraufhin untersucht werden, ob sie sich gleichfalls an dem hier aufgezeigten Ziel des umfassenden Mutterschutzes orientieren.

Von Interesse wird in diesem Zusammenhang auch sein festzustellen, inwieweit die in Literatur und Rspr. zu beobachtenden Tendenzen von der Gesetzgebung aufgenommen werden und somit über den Weg der Novellierung des gesetzlichen Mutterschutzes zu einer Verbesserung der Hilfe für die erwerbstätigen werdenden Mütter und Wöchnerinnen führen.

3. Kapitel: MuSchG 1952 und MuSchG 1968 als Grundlage des gesetzlichen Mutterschutzes in der Bundesrepublik Deutschland

I Entwicklung und Vorgeschichte des MuSchG 1952 sowie des MuSchG 1968

Nachdem der BT bereits in seiner Sitzung vom 20./21.10. 1949 einem Antrag stattgegeben hatte, durch den die Bundesregierung ersucht wurde, ein völlig neues Mutterschutzrecht mit einem erweiterten persönlichen Geltungsbereich vorzulegen,[94] stand am vorläufigen Ende der Bemühungen um die Neugestaltung des Schutzes der im Arbeitsleben stehenden Schwangeren und Wöchnerinnen das Gesetz zum Schutze der erwerbstätigen Mutter (Mutterschutzgesetz) vom 24.1.1952.[95] Es ging auf einen Initiativantrag der SPD-Fraktion des BT vom 18.7.1950 zurück.

---

94 Zur Entstehungsgeschichte vgl. Zulla/Mackheil, Einl. Anm. 13 ff.

95 BGBl. I S. 69

Das MuSchG 1952 lehnte sich zwar in seinem Aufbau stark an das MuSchG 1942 an.[96] Es verwertete aber weitgehend die mit den früheren Regelungen gemachten Erfahrungen und ließ so das Bestreben erkennen, die Lage der werktätigen Frauen weiterhin zu bessern.[97] Dieses Bemühen, das auch vor dem Hintergrund des Fehlens eines einheitlichen Arbeitsschutzrechts für werdende Mütter in den ersten Nachkriegsjahren gesehen werden muß, hat dazu geführt, daß das MuSchG 1952 als eine "völlige Neuregelung der Materie" bezeichnet werden konnte.[98]

Bis zum Sommer 1965 behielt das MuSchG 1952 im wesentlichen seine ursprüngliche Fassung.[99] Entscheidende Verbesserungen brachte erst das Gesetz zur Änderung des Mutterschutzgesetzes und der Reichsversicherungsordnung vom 24.8.1965[100] sowie das nachfolgende Haushaltssicherungsgesetz vom 20.12.1965[101] und schließlich das FinanzändG 1967.[102]

Die Reform von 1965[103] bedeutete wohl "einen erheblichen Fortschritt auf dem Wege zur Erfüllung der Verpflichtung unseres Gemeinwesens auf die Grundsätze des sozialen Rechtsstaats".[104] Durch sie sollte aber - anders als 1952 -

---

96 Gamillscheg, Festschrift für Molitor, S. 59

97 Bulla/Hackbeil, Einl. Anm. 16; Bulla, ArbRdG 1964, S. 45 f.

98 Bulla, ArbRdG 1964, S. 45; a.A. BAG vom 24.6.1960, AP Nr. 1 zu § 8 MuSchG

99 Korrekturen erfolgten nur durch Art. X § 10 Nr. 30 des Gesetzes zur Änderung und Ergänzung des AVAVG vom 23.12.1956, GBl. I S. 1018; § 77 Abs. 1 der VwGO vom 21.1.1960, BGBl. I S. 17 und durch § 72 Abs. 1 des JArbSchG vom 9.8.1960, BGBl. I S. 665

100 BGBl. I S. 68

101 BGBl. I S. 2065

102 BGBl. I S. 1259

103 Zu dem "Hin und Her um die Reform 1965" (so Gamillscheg, RdA 1968, 117), das gerade für die Beteiligten sicherlich "kein Ruhmesblatt" (derselbe, a.a.O.) ist, sondern wohl eher "ein Trauerspiel gesetzgeberischen Versagens" (derselbe, DöV 167, S. 471) darstellt, vgl. Bulla/Hackbeil, Einl. Anm. 15 b - 15 l

104 Gamillscheg, RdA 1968, 117

kein insgesamt neues Mutterschutzrecht geschaffen werden.[105] Der Zweck der Neuregelung war allein darin zu sehen, die seit dem Inkrafttreten des MuSchG 1952 gesammelten Erfahrungen auf sozialem und arbeitsmedizinischem Gebiet "nach heute gültigen sozialpolitischen Vorstellungen gesetzlich zu formulieren".[106]

Dabei enthielten besonders die dem ÄndG 1965 zugrunde liegenden Initiativ-Anträge der Bundestagsfraktion der SPD[107] und der CDU/CSU, FDP[108] Hinweise auf die verhältnismäßig hohe Mütter- und Säuglingssterblichkeit in der Bundesrepublik. Auch wurde die große Zahl der Frühgeburten bei werktätigen Schwangeren angeführt.

Bereits 1958 war zudem ein Bericht der Weltgesundheitsorganisation veröffentlicht worden, wonach die Bundesrepublik Deutschland hinsichtlich der allgemeinen Mütstersterblichkeit an der Spitze aller westeuropäischen Länder lag.[109]

Vorläufig abgeschlossen wurde die Neuregelung des gesetzlichen Mutterschutzes durch das FinanzändG 1967. Aufgrund der im Art. 3 § 9 dieses Gesetzes erteilten Ermächtigung, das MuSchG 1952 in der vom 1.1.1968 an geltenden Fassung "unter neuem Datum bekanntzugeben und dabei Unstimmigkeiten des Wortlauts zu beseitigen, sowie durch Zeitablauf überholte Vorschriften zu streichen" erfolgte die Bekanntmachung der Neufassung des Mutterschutzgesetzes vom 14.8.1968.[110] Dadurch wurde allerdings im Anschluß an § 10 des Gesetzes eine gegenüber dem MuSchG 1952 veränderte Paragraphenfolge eingeführt. Diese überwiegend nur formell einschneidende Veränderung steht aber nicht der Erkenntnis entgegen, daß eine Untersuchung, die den ge-

---

105 Bulla/Hackbeil, Einl. Anm. 16

106 Wie Anm. vorher

107 BTDrucks. IV/562

108 BTDrucks. IV/3152 (neu)

109 Bulla/Hackbeil, Einl. Anm. 5 b

110 BGBl. I S. 315

setzlichen Mutterschutz in der Bundesrepublik an der Verpflichtung auf das Sozialstaatsprinzip und damit an der Forderung nach umfassender Fürsorge messen will, nicht den engen inhaltlichen Zusammenhang des MuSchG 1952 und des MuSchG 1968 zerreißen darf und daher beide Gesetze in die Gesamtbetrachtung einbeziehen muß.[111] Nur so läßt sich die Bedeutung von Rechtsprechung und Literatur für die in diesem Bereich auftauchenden Fragen vollständig erfassen.

II Der allgemeine Geltungsbereich des MuSchG 1968 und die Forderung des Art. 6 Abs. 4 GG

Gem. § 1 MuSchG 1952 galt dieses Gesetz für alle Frauen,[112] die in einem Arbeitsverhältnis stehen (lit.a), ferner für weibliche in Heimarbeit Beschäftigte und ihnen Gleichgestellte (§ 1 Abs. 1 und 2 des Heimarbeitsgesetzes vom 14. März 1951 - Bundesgesetzbl. I S. 191), soweit sie am Stück mitarbeiten (lit.b). Diese Regelung ist durch § 1 Nr. 1 und 2 MuSchG 1968 unverändert übernommen worden.

Damit hat das geltende Mutterschutzrecht den von ihm erfaßten Personenkreis gegenüber den bis 1945 gültigen Regelungen erheblich erweitert; es setzt aber nach wie vor das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses voraus. Geschützt ist demnach weiterhin nur der Kreis der weiblichen Arbeitnehmer. Schon daraus erhellt, daß ein derartiger gesetzlicher Mutterschutz, der nur für die erwerbstätige Mutter eingreift, den Auftrag des Art. 6 Abs. 4 GG noch nicht erfüllt.[113] Art. 6 Abs. 4

---

111 Bulla/Hackbeil, Einl. Anm. 16

112 Die Staatsangehörigkeit der Arbeitnehmerin ist dabei ohne Bedeutung, Zmarzlik, AR-Blattei D, Mutterschutz I, unter B I 1

113 Bulla/Hackbeil, vor § 1 Anm. 12, 19; Bulla, ArbPdG 1964, S. 48; Gamillscheg, Festschrift für Molitor, S. 58 f.

GG enthält keine dahingehende Einschränkung. Er verpflichtet vielmehr die Gemeinschaft zu Schutz und Fürsorge gegenüber jeder Mutter.

Dennoch bleibt die Einbeziehung auch des privaten Haushalts in den sachlichen Geltungsbereich des Gesetzes als wesentliche Verbesserung gegenüber den Vorkriegsregelungen festzuhalten.

III Die Mittel des gesetzlichen Mutterschutzes

Zur Erreichung des mit dem Mutterschutz verfolgten Zwecks, die Schwangere oder Wöchnerin möglichst weitgehend vor den körperlichen und seelischen Belastungen, die sich gerade aus ihrer besonderen Situation ergeben, zu bewahren, und ihr dadurch Gelegenheit zur sorgfältigen Vorbereitung auf die Geburt sowie zur anschließenden Pflege des Säuglings zu geben,[114] hält das Mutterschutzrecht drei Mittel bereit:

(1) Den Gefahrenschutz, der ganz überwiegend durch die Anordnung von Beschäftigungsverboten, im MuSchG 1968 aber auch zusätzlich mit Hilfe von Vorschriften zur Gestaltung des Arbeitsplatzes der werdenden Mütter und Wöchnerinnen verwirklicht wird.

(2) Die Sicherstellung der materiellen Existenzgrundlage der betroffenen Frauen auch während der Zeiten des Arbeitsausfalls aufgrund von finanziellen Leistungen des Arbeitgebers und der Sozialversicherungsträger.

(3) Einen weitgehenden Kündigungsschutz.

---

114 Vgl. dazu nur Bulla, ArbRdG 1964, S. 49; Camillscheg, Festschrift für Molitor, S. 59; Mayr, AuR 1953, 304

II. Teil: Der Gefahrenschutz für erwerbstätige Schwangere und Wöchnerinnen

1. Kapitel: Die Regelung im MuSchG 1952

I Die Bedeutung der für alle Frauen geltenden Beschäftigungsverbote

Bevor auf die speziellen Vorschriften eingegangen wird, die das MuSchG 1952 für den Bereich des Gefahrenschutzes enthielt, ist der Hinweis erforderlich, daß Tätigkeiten, die aufgrund ihrer Beschaffenheit und verstärkten Anforderungen an den Arbeitnehmer schon allgemein für Frauen unzulässig sind, natürlich erst recht nicht einer Schwangeren oder Wöchnerin übertragen werden dürfen.

Besonders[115] der im 3. Abschnitt der AZO (§§ 16 - 21) normierte erhöhte Schutz für Frauen ist daher, ohne daß es einer speziellen Erwähnung durch das MuSchG bedarf, als Ausdruck einer vom Gesetzgeber allen weiblichen Arbeitnehmern zugestandenen Fürsorge auch bei der Beschäftigung von werdenden Müttern und Wöchnerinnen zu beachten.

II Die beiden Arten der mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbote

Durch die weitere Anordnung von verschiedenartigen Beschäftigungsverboten will das Mutterschutzrecht jene schädigende Doppelbelastung der Frau verhindern, die sich für sie aus der "Kollision von Berufsarbeit und Mutterschaft"[116] ergeben könnte.

Diese Beschäftigungsverbote treten dabei in zwei Hauptgruppen auf:[117]

---

115 Vgl. auch die weiteren Angaben bei Bulla/Hackbeil, § 2 Anm. 19 - 21

116 Bulla, ArbRdG 1964, S. 67; vgl. auch Meisel/Hiersemann, Einl. Anm. 23; Meisel, Anm. zu BAG vom 31.3.1969, AP Nr. 2 zu § 11 MuSchG 1968

117 Die Unterscheidung in generelle und individuelle Beschäftigungsverbote ist allgemein üblich; siehe nur Bulla/Hackbeil, vor § 3 Anm. 4 mit zahlreichen weiteren Nachweisen; neuestens Zmarzlik; BR-Blattei D, Mutterschutz I, unter D I 1, 2

(1) Die generellen Verbote gelten ohne Einschränkung für jede werdende Mutter und Wöchnerin. Sie greifen unabhängig von ihrem jeweiligen Gesundheitszustand oder ihrer körperlichen Konstitution ein und erfassen damit auch die Arbeitnehmerin, die aufgrund eines beschwerdefreien Verlaufs ihrer Schwangerschaft eigentlich sehr wohl in der Lage wäre, die ihr untersagte Arbeit zu verrichten.

(2) Die individuellen Verbote stellen dagegen entscheidend auf die besondere gesundheitliche Verfassung der einzelnen Arbeitnehmerin ab. Sie greifen ein, wenn eine Fortführung der Arbeit nach ärztlichem Zeugnis Leben oder Gesundheit von Mutter oder Kind gefährden würde.

III Die Beschäftigungsverbote im einzelnen

1) Die generellen Beschäftigungsverbote

a) Die Schutzfristen vor und nach der Niederkunft

Innerhalb gewisser Schutzfristen vor und nach der Entbindung dürfen Frauen generell[118] nicht beschäftigt werden. Diese Schutzfristen begannen 6 Wochen vor der voraussichtlichen Niederkunft (§ 3 Abs. 1 lit.b MuSchG 1952) und endeten 6 Wochen danach (§ 6 Abs. 1 MuSchG 1952). Für stillende Mütter verlängerte sich die nach der Entbindung zu gewährende Schutzfrist auf 8 Wochen und für stillende Mütter nach Frühgeburten sogar auf 12 Wochen. Während das Beschäftigungsverbot im Anschluß an die Niederkunft absolut ausgestaltet war, also überhaupt keine Arbeitsleistung zuließ, konnte sich die Schwangere gem. § 3 Abs. 2 Halbs. 2 MuSchG 1952 auch noch unmittelbar vor der Niederkunft ausdrücklich, jedoch mit dem Recht auf jederzeitigen Widerruf, zur Arbeitsleistung bereit erklären.

---

118 Beachte § 3 Abs. 2 Halbs. 1 MuSchG 1952.

Hausgehilfinnen und Tagesmädchen gegenüber galt einschränkendes Sonderrecht. Für sie griff die Schutzfrist erst 4 Wochen vor der Niederkunft ein (§ 3 Abs. 2 lit.a MuSchG 1952).

b) Die Beschäftigungsverbote des § 4 MuSchG 1952

Unabhängig von der Regelung der Schutzfristen stellte § 4 MuSchG 1952 einen ganzen Katalog von Arbeiten auf, die werdenden Müttern zu keinem Zeitpunkt übertragen werden durften.

Das waren nach dem generalklauselartig gefaßten Abs. 1 der Vorschrift schwere körperliche Arbeiten sowie Arbeiten, bei denen die Frauen schädlichen Einwirkungen von gesundheitsgefährlichen Stoffen oder Strahlen, von Staub, Gasen oder Dämpfen, von Hitze, Kälte oder Nässe oder von Erschütterungen ausgesetzt waren.

Abs. 2 enthielt dazu die - nur beispielhafte[119] - Erläuterung, welche Arbeiten "insbesondere" dazu zählten.

§ 4 Abs. 3 MuSchG 1952 ermächtigte schließlich den Bundesminister für Arbeit, auf dem Wege der Rechtsverordnung weitere Verbote zu erlassen, und durch Abs. 4 wurde den Gewerbeaufsichtsbehörden das Recht zugesprochen, in Einzelfällen sonstige Maßnahmen zum Schutz werdender oder stillender Mütter anzuordnen.

c) Das Verbot der Mehr-, Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit

Nach § 8 Abs. 1 MuSchG 1952 war es verboten, werdende und stillende Mütter zu Mehr-, Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit heranzuziehen.[120] Von dem Verbot der Sonn- und Feiertagsarbeit waren indes werdende und stillende Mütter, die

---

119 Unstrittig; vgl. nur Bulla/Buchwald, § 4 Anm. 10; Dersel, MuSchG 1968, Erlg. zu § 4 S. 8; Zmarzlik, JR-Blattei D, Mutterschutz I, unter D II 3

120 Siehe auch § 19 Abs. 1 AZO, der generell die Arbeitszeit von Frauen während der Nacht sowie vor Sonn- und Feiertagen beschränkt.

im Haushalt hauswirtschaftliche Arbeiten verrichteten, ausgenommen.

2) Die individuellen Beschäftigungsverbote

Die individuellen Beschäftigungsverbote waren in den §§ 3, 6 MuSchG 1952 enthalten.

So besagte § 3 Abs. 1 MuSchG 1952, daß werdende Mütter nicht beschäftigt werden durften, soweit nach ärztlichem Zeugnis Leben oder Gesundheit von Mutter und Kind bei Fortdauer der Beschäftigung gefährdet war. Für die Wöchnerin, die aufgrund ihrer körperlichen Konstitution in den ersten Monaten nach der Niederkunft laut ärztlichem Zeugnis nicht voll leistungsfähig war, galt Entsprechendes. Sie durfte gem. § 6 Abs. 2 MuSchG 1952 nicht zu einer ihre Leistungsfähigkeit übersteigenden Tätigkeit herangezogen werden. Ferner war ihre Beschäftigung uneingeschränkt verboten, solange sie nach ärztlichem Zeugnis arbeitsunfähig war, § 6 Abs. 1 Satz 2 MuSchG 1952.

3) Stellungnahme zur Regelung der Beschäftigungsverbote im MuSchG 1952

Die Regelung des MuSchG 1952 über die Beschäftigungsverbote für Schwangere und werdende Mütter entsprach größtenteils[121] der des MuSchG 1942. Der durch sie gewährte Schutz wurde in seiner Gesamtausgestaltung als "weitgehend lückenlos" bezeichnet, der "zur Kritik nicht herausfordert".[122]

Dennoch gab man seit dem Inkrafttreten des MuSchG 1952 vor allem in zweifacher Hinsicht Anregungen zu seiner Verbesserung.

(1) In den Vorschlägen des DGB vom Mai 1961 für eine Novelle zum Mutterschutzgesetz[123] hieß es unter Nr. 2

---

121 Zu den Unterschieden Bulla/Hackbeil, § 3 Anm. 1 a

122 Gamillscheg, Festschrift für Molitor, S. 62

123 Veröffentlicht in RdA 1961, 342 ff.

"Verlängerung der Schutzfristen vor der Niederkunft für alle Frauen auf zehn Wochen" und in Nr. 5 "Verlängerung der Schutzfrist nach der Niederkunft auf acht Wochen und für Mütter nach Frühgeburten auf zwölf Wochen".

Diese Forderung wurde zum einen mit der Aussage von Medizinern belegt, daß sich bei einer generellen Ausdehnung der Schutzfristen auf 10 bis 12 Wochen vor der Geburt durch die damit verbundene stärkere Schonung der Mütter in den letzten Wochen der Schwangerschaft eine deutliche Senkung der Frühgeburtenhäufigkeit und damit der perinatalen Sterblichkeit erzielen lasse.[124]

Weiterhin wurde in diesem Zusammenhang die im Vergleich zu anderen Industrienationen verhältnismäßig hohe Mütter- und Säuglingssterblichkeit angeführt.[125]

Die Notwendigkeit einer Verlängerung der Schutzfristen ergebe sich zudem gleichfalls aus den Erfahrungen von Krankenkassen und Ärzten, die immer wieder beobachten müßten, daß ein nicht unerheblicher Teil der Frauen nach Ablauf der bestehenden Schutzfrist noch zu sehr geschwächt sei, um die Arbeit wiederaufnehmen zu können.

(2) Ferner sollte nach den Vorschlägen des DGB die bisherige unterschiedliche Behandlung der Tagesmädchen und Hausgehilfinnen gem. § 3 Abs. 2 MuSchG 1952 entfallen, so daß alle werdenden Mütter in den Genuß der - zudem verlängerten - Schutzfristen kommen konnten.

---

124 Vgl. dazu auch Rau und Breidbach in ArbGeb 1967, 172 und die dort zitierte Aussage von Kirchhoff. Demgegenüber fanden Winkler/von der Lancken, ArbGeb 1964, 2, bei berufstätigen werdenden Müttern einen "auffallend niedrigen Prozentsatz von Frühgeburten".

125 Dulla/Mackeil, Einl. Anm. 25 b; zur Müttersterblichkeit in der Bundesrepublik auch Hess, AuS 1962, 139 und Sturmhöfel, AuS 1960, 214

Dieser Forderung hat sich insbesondere Gamillscheg[126] angeschlossen. Er bemerkte zutreffend, daß die vom Gesetzgeber für die Differenzierung angeführten Gründe einer an der Praxis ausgerichteten Nachprüfung nicht standzuhalten vermögen, vielmehr letztendlich alle werdenden Mütter an jedem Arbeitsplatz den gleichen Belastungen ausgesetzt seien.

Keinesfalls könnten sich nämlich die Hausgehilfinnen und Tagesmädchen in der betreffenden Zeit ausschließlich auf die Verrichtung leichterer Hausarbeiten, wo dann eine Schädigung für Mutter und Kind nicht zu befürchten sei, beschränken. Derartige Möglichkeiten der Schonung seien in anderen Berufen viel eher gegeben. Zum anderen werde gerade eine im Haushalt beschäftigte Schwangere oftmals aufgrund des guten und beinahe familiären Verhältnisses zur Hausfrau zumal in Notfällen wenigstens versuchen, auch die schwereren und daher für sie möglicherweise schädlichen Arbeiten zu übernehmen. Von daher, so Gamillscheg, sei ernsthaft zu erwägen, ob dieses Sonderrecht nicht gegen den Gleichheitsgrundsatz verstoße. Es müsse jedenfalls "schleunigst beseitigt werden".[127]

2. Kapitel: Die Regelung im MuSchG 1968

I Die generellen Beschäftigungsverbote

1) Vor der Entbindung

a) Die Schutzfristen

Die den Schwangeren vor der Entbindung zustehende Schutzfrist ist nunmehr durch § 3 Abs. 2 MuSchG 1968 einheitlich für alle erwerbstätigen Frauen auf 6 Wochen festgesetzt worden. Damit entfällt die früher so heftig angegriffene Verkürzung für Hausgehilfinnen und Tagesmädchen.

---

126 Festschrift für Molitor, S. 61

127 Wie Anm. vorher

Während dieser Zeit kann sich die werdende Mutter weiterhin freiwillig zur Arbeit bereit erklären, § 3 Abs. 2 MuSchG 1968.

b) Die Beschäftigungsverbote und -beschränkungen

Die Bestimmungen über die Beschäftigungsverbote und -beschränkungen sind, eine Folge der in der Zwischenzeit gewonnenen arbeitsmedizinischen Erkenntnisse, an einigen bedeutsamen Stellen erweitert worden.

So ist in den umfassenden Katalog des § 4 Abs. 1 MuSchG 1968 jetzt zusätzlich das Verbot aufgenommen worden, einer werdenden Mutter Arbeiten zu übertragen, bei denen sie schädlichen Einwirkungen von Lärm ausgesetzt ist.

Geändert wurden auch § 4 Abs. 2 lit.a und f MuSchG 1952, die in der neuen Fassung als Ziffer 1 und 6 in § 4 Abs. 2 MuSchG 1968 enthalten sind. Ziffer 8, wonach werdende Mütter nicht mit Arbeiten beschäftigt werden dürfen, bei denen sie erhöhten Unfallgefahren, insbesondere der Gefahr auszugleiten, zu fallen oder abzustürzen, ausgesetzt sind, wurde gänzlich neu eingefügt.

Das Verbot der Akkord- und Fließarbeit hatte sich in der bisher durch § 4 Abs. 2 lit.h MuSchG 1952 bestimmten Fassung nicht bewährt. Es wurde, unter gleichzeitiger Anpassung an § 38 Abs. 1 JArbSchG, aus dem Katalog des Abs. 2 herausgenommen und in einem neuen Abs. 3 geregelt.

Von der nun in § 4 Abs. 4 MuSchG 1968 enthaltenen Ermächtigung, durch Rechtsverordnungen die unter das Beschäftigungsverbot der Abs. 1 und 2 fallenden Arbeiten zu konkretisieren (Ziffer 1) oder sogar zusätzliche Beschäftigungsverbote für werdende und stillende Mütter nach der Entbindung zu erlassen (Ziffer 2) und damit den Rahmen des § 4 Abs. 1, 2 MuSchG 1968 zu erweitern, hat der BMA z. B. bei dem Erlaß der VO über gefährliche Arbeitsstoffe vom 17. 9. 1971 (BGBl. I S. 1609) Gebrauch gemacht. Diese enthält in § 15 Abs. 3 zusätzliche Beschäftigungsverbote für werdende und stillende Mütter.[128]

---

128 Siehe auch § 9 Abs. 2 Nr. 2 der DruckluftVO vom 4.10.1972 (BGBl. I S. 1909), wonach werdende oder stillende Mütter in Druckluft nicht beschäftigt werden dürfen.

2) Nach der Entbindung

a) Die Schutzfristen

Nach § 6 Abs. 1 MuSchG 1968 dürfen nunmehr grundsätzlich alle Mütter bis zum Ablauf von 8 Wochen nach der Entbindung nicht mehr beschäftigt werden. Diese Frist verlängert sich gem. Satz 2 für Mütter nach Früh- und Mehrlingsgeburten generell auf 12 Wochen. Die bisher vorgenommene differenzierte Behandlung von stillenden und nichtstillenden Müttern hat der Gesetzgeber damit aufgegeben.

b) Die Beschäftigungsverbote und -beschränkungen

Die Beschäftigung mit den in § 4 Abs. 1, 2 und 3 Satz 1 MuSchG 1968 genannten Arbeiten ist gem. § 6 Abs. 2 MuSchG 1968 in vollem Umfang[129] auch für stillende Mütter verboten.

§ 7 MuSchG 1968, der sich mit der Gewährung der zum Stillen erforderlichen Zeiten befaßt, ist durch die Neufassung in Übereinstimmung mit Art. 3 lit. d des ratifizierten Übereinkommens Nr. 3 der IAO über die Beschäftigung von Frauen nach der Niederkunft gebracht worden.

c) Das Verbot der Mehr-, Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit

Der hier einschlägige § 8 Abs. 1 MuSchG 1968 entspricht inhaltlich völlig dem § 8 Abs. 1 MuSchG 1952. Auch jetzt dürfen werdende und stillende Mütter nicht mit Mehrarbeit, nicht in der Nacht zwischen 20 und 6 Uhr und nicht an Sonn- und Feiertagen beschäftigt werden. Nach wie vor gilt dabei das Verbot der Sonn- und Feiertagsarbeit nicht

---

129 Die Nichterwähnung der Nr. 2 und 7 ist in der Sache selbst begründet.

für werdende und stillende Mütter, die im Familienhaushalt[130] mit hauswirtschaftlichen Arbeiten beschäftigt werden.

Dagegen sind durch § 8 Abs. 2 MuSchG 1968 die Grenzen der Arbeitszeit, die werdende und stillende Mütter nicht überschreiten dürfen, neu bestimmt, und zwar herabgesetzt worden. So liegt gem. § 8 Abs. 2 Ziffer 1 MuSchG 1968 eine unzulässige Mehrarbeit für die im Familienhaushalt mit hauswirtschaftlichen Arbeiten und in der Landwirtschaft Beschäftigten bereits bei einer Arbeitszeit von über 9 Stunden täglich oder 102 Stunden in der Doppelwoche gegenüber früher 9 1/2 Stunden täglich und 108 Stunden in der Doppelwoche vor. In gleicher Weise ist die zulässige Arbeitsbelastung in der Doppelwoche für Frauen unter 18 Jahren von 90 auf 80 Stunden (§ 8 Abs. 2 Ziffer 2 MuSchG 1968) und für sonstige Frauen von 96 auf 90 Stunden gesenkt worden, § 8 Abs. 2 Ziffer 3 MuSchG 1968.

Weiterhin ist durch die Verwendung des Wortes "oder" anstelle des früheren "und" hinter "täglich" jetzt auch durch den Gesetzgeber klargestellt worden, daß es für das Eingreifen der in § 8 Abs. 2 Ziffer 1 - 3 ausgesprochenen Verbote keiner kumulierenden Überschreitung der angegebenen Zeiten bedarf.[131]

---

130 Die Ersetzung des bisher verwendeten Begriffs "Haushalt" durch "Familienhaushalt" bedeutet keine Einschränkung des von dem Verbot nicht erfaßten Personenkreises, denn auch unter der Geltung des MuSchG 1952 wurde diese Ausnahme nur auf Arbeitnehmerinnen in Privathaushaltungen, nicht dagegen in Anstaltshaushaltungen angewandt; vgl. Bulla, Mutterschutzgesetz und Frauenarbeitsrecht, § 8 Anm. 41. Daher hat die Änderung nur redaktionellen und klarstellenden Charakter; so auch Bulla/Hackbeil, § 8 Anm. 41 i.V. mit § 9 Anm. 14 c. Siehe ferner den Schriftl. Bericht des Ausschusses für Arbeit des BT, BTDrucks. zu IV/3652, S. 5.

131 Diese Auffassung hatte das BAG in seinem Urteil vom 24.11.1960, AP Nr. 1 zu § 8 MuSchG, schon für § 8 Abs. 2 MuSchG 1952 vertreten.

II Die individuellen Beschäftigungsverbote

Die in den §§ 3 Abs. 1, 6 Abs. 1 MuSchG 1968 enthaltenen individuellen Beschäftigungsverbote stimmen nach Inhalt und Wortlaut mit der Regelung der §§ 3, 6 MuSchG 1952 überein. Entfallen ist allerdings die Vorschrift des § 6 Abs. 1 Satz 3 MuSchG 1952, die über die jeweiligen Schutzfristen hinaus die Beschäftigung für unzulässig erklärte, solange die Frau nach ärztlichem Zeugnis arbeitsunfähig war. Das bedeutet jedoch keine Schlechterstellung der Wöchnerinnen. Sie sind in den Fällen der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit hinsichtlich ihres Lohnanspruchs durch andere gesetzliche Regelungen[132] ausreichend abgesichert, so daß § 6 Abs. 1 Satz 3 MuSchG 1952 keine praktische Bedeutung mehr hatte und daher als überflüssig gestrichen wurde.

III Die Vorschriften zur Gestaltung des Arbeitsplatzes, § 2 MuSchG 1968

Im Zusammenhang mit den Beschäftigungsverboten muß auch der völlig neue § 2 MuSchG 1968[133] gesehen werden. Mit ihm finden erstmals Bestimmungen über die Gestaltung des Tätigkeitsbereichs der Schwangeren und Wöchnerinnen Eingang in das Mutterschutzrecht.

Während der Beratungen des MuSchG 1968 forderten sowohl der Ausschuß für Arbeit des BT als auch die dazu gehörten medizinischen Sachverständigen übereinstimmend gerade die Schaffung einer besonderen Bestimmung über die Gestaltung des Arbeitsplatzes werdender und stillender Mütter im Interesse von Mutter und Kind.[134] Dementsprechend

---

132 Vgl. die §§ 1 LFG, 63 HGB, 133c GewO

133 Er ersetzt die obsolet gewordenen Begriffsbestimmungen der "Hausgehilfinnen" und "Tagesmädchen" des § 2 MuSchG 1952. Siehe zu deren Streichung auch den Schriftl. Bericht des Ausschusses für Arbeit des BT, BTDrucks. zu IV/3652, S. 3

134 Bulla/Hackbeil, § 2 Anm. 17 m.w.N.; Zmarzlik, BB-Blattei D, Mutterschutz I, unter C I

findet sich in dem Schriftl. Bericht des Ausschusses für Arbeit des BT[135] der Hinweis, daß eine den Bedürfnissen der werdenden oder stillenden Mutter angepaßte Ausgestaltung des Arbeitsplatzes zusammen mit der ärztlichen Betreuung und Hebammenhilfe während der Schwangerschaft, bei und nach der Entbindung "als wirksamste Maßnahme" zur Beseitigung der Mütter- und Säuglingssterblichkeit in der Bundesrepublik angesehen wurde.

Diese neue Vorschrift, mit der der Gesetzgeber einen auf dem Gebiet des Mutterschutzes bis dahin nur sehr lückenhaft erfaßten Bereich betrat,[136] findet ihr Vorbild in verschiedenen allgemeinen Schutzvorschriften. Sie lehnt sich insbesondere[137] bewußt an die bereits bestehenden Normen über die Gestaltung des Arbeitsplatzes in § 40 Abs. 1 JArbSchG und § 120a GewO an.[138]

1) Der Grundsatz des § 2 Abs. 1 MuSchG 1968

§ 2 MuSchG 1968 stellt jedoch nicht eine bloße Nachbildung der allgemeinen Schutzvorschriften dar, die nur der formellen Vollständigkeit halber auch in das Mutterschutzrecht aufgenommen wurde. Er bewirkt vielmehr dadurch, daß er umfassend die Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse, die sich aus der Beschäftigung werdender und stillender Mütter bei der Gestaltung des Arbeitsplatzes ergeben, fordert, sowie die Einführung besonderer, dem Schutz dieses Personenkreises dienender, betrieblicher Maßnahmen und Vorkehrungen anordnet, eine wesentliche "Intensivierung des gesetzlichen Mutter-

---

135 BTDrucks. zu IV/3652, S. 2

136 Vgl. etwa § 4 Abs. 2 lit. b Satz 1 und § 6 Abs. 3 Satz 1 MuSchG 1952

137 Siehe die Aufzählung der weiteren Schutzvorschriften bei Bulla/Hackbeil, § 2 Anm. 9 - 16 und Welzel, DB 1965, 1441

138 Schriftl. Bericht des Ausschusses für Arbeit des BT, BTDrucks. zu IV/3652, S. 2

schutzes".[139] Gerade die in ihm unter spezifisch mutterschutzrechtlichen Aspekten angesprochene Spezialisierung und Erweiterung[140] der allgemeinen Bestimmungen läßt die gesteigerte Bedeutung erkennen, die der Gesetzgeber dem Mutterschutz innerhalb des gesamten Arbeitsschutzrechts zumißt.

2) Die Einzelmaßnahmen des Arbeitgebers gem. § 2 Abs. 2 und 3 MuSchG 1968

Neben der generalklauselartigen Verpflichtung des § 2 Abs. 1 MuSchG 1968, die sich aus der Beschäftigung einer werdenden oder stillenden Mutter für diese unmittelbar am Arbeitsplatz ergebenden Gefahren auf ein Minimum zu reduzieren, ist der Arbeitgeber durch § 2 Abs. 2 und 3 MuSchG 1968 zu weiteren Einzelmaßnahmen angehalten. § 2 Abs. 2 und 3 MuSchG 1968 konkretisieren somit den Grundsatz des § 2 Abs. 1 MuSchG 1968 in einem Teilbereich.[141]

Hiernach muß der Arbeitgeber eine Sitzgelegenheit zu kurzem Ausruhen bereitstellen, wenn er werdende oder stillende Mütter mit Arbeiten beschäftigt, bei denen sie ständig stehen oder gehen,[142] oder er muß andererseits solchen Frauen Gelegenheit zu kurzen Unterbrechungen der Arbeit geben, wenn sie bei ihrer Tätigkeit ständig sitzen müssen.[143]

---

139 Bulla/Hackbeil, § 2 Anm. 7

140 So fehlt hinsichtlich der Schutzverpflichtung des Arbeitgebers nach § 2 Abs. 1 MuSchG 1968 die in den allgemeinen Vorschriften der §§ 618 BGB, 120a GewO und § 62 HGB enthaltene Einschränkung durch die Art der Dienstleistung oder die Natur des Betriebs.

141 Bulla/Hackbeil, § 2 Anm. 38, 46; Schmatz/Zmarzlik, § 2 Anm. 2; Zmarzlik, AR-Blattei D, Mutterschutz I, unter C I; Pelzel, DB 1965, 1441

142 Eine ähnliche Bestimmung enthielten schon § 4 Abs. 1 lit. b Satz 1 und § 6 Abs. 2 Satz 1 MuSchG 1952.

143 Eine entsprechende Regelung war im MuSchG 1952 noch nicht vorhanden.

3) Die Konkretisierung des § 2 Abs. 1 MuSchG 1968 durch Rechtsverordnungen des Bundesministers für Arbeit und Sozialordnung sowie durch Einzelanordnungen der Aufsichtsbehörde

§ 2 Abs. 4 MuSchG 1968 ähnelt weitgehend dem bisherigen Recht.[144] Er ermächtigt den Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung, durch Rechtsverordnung den Arbeitgeber zu verpflichten, Liegeräume für werdende oder stillende Mütter einzurichten und sonstige Maßnahmen zur Durchführung des in Abs. 1 enthaltenen Grundsatzes zu treffen. Der Schutzzweck ist hier der gleiche wie bei den Maßnahmen nach Abs. 2 und 3. Den Frauen soll in den speziell für sie eingerichteten Liegeräumen Gelegenheit gegeben werden, sich ungestört auszuruhen und dadurch die schwangerschaftsbedingten Beschwernisse soweit als möglich auszugleichen.[145]

Eine weitere rechtsverbindliche Konkretisierung der in § 2 Abs. 1 MuSchG 1968 niedergelegten Grundsätze bedeuten schließlich die Anordnungen der Aufsichtsbehörde, die diese im Einzelfall nach § 2 Abs. 5 MuSchG 1968 erlassen.[146]

3. Kapitel: Die gesetzliche Regelung des Gefahrenschutzes im MuSchG 1968 und die Forderung nach lückenlosem Mutterschutz

Die sich an diese Darstellung anschließende, am Zweck des Gefahrenschutzes, eine in den Zeiten der Schwangerschaft und den ersten Monaten nach der Entbindung für Mutter und Kind besonders nachteilige Schädigung aus weiterer Berufsarbeit zu vermeiden, und der Forderung nach umfassendem

---

144 Vgl. § 4 Abs. 2 lit. c MuSchG 1952, der allerdings nur von Liegeräumen für werdende, also nicht auch für stillende Mütter sprach.

145 Bulla/Hackbeil, § 2 Anm. 51
In diesem Zusammenhang ist ferner § 7 Abs. 2 MuSchG 1968 zu sehen, wonach die Aufsichtsbehörde die Einrichtung von Stillräumen vorschreiben kann.

146 Vgl. Schriftl. Bericht des Ausschusses für Arbeit des BT, TDrucks. zu IV/3652, S. 3; auch Zmarzlik DB 1965, 1072

Schutz der erwerbstätigen Mütter ausgerichtete Betrachtung des gesetzlichen Mutterschutzes in der Bundesrepublik Deutschland kommt für diesen Bereich zu den nachstehend aufgezeigten Ergebnissen.

I Die Ausgestaltung der Schutzfristen durch den Gesetzgeber

1) Die Schutzfrist vor der Entbindung

Der Gesetzgeber hat den oben[147] aufgezeigten Forderungen, die Dauer der allgemeinen Schutzfrist vor der Entbindung auf 8 oder 10 Wochen zu verlängern, nicht entsprochen. Bestimmend war für ihn dabei in erster Linie, daß selbst unter den medizinischen Sachverständigen Keine Einigkeit darüber herrschte, ob eine derartige Verlängerung zum Schutze von Mutter und Kind unbedingt erforderlich sei.[148]

Aus der Forderung nach lückenlosem Schutz kann eine entsprechende Verpflichtung des Gesetzgebers wohl auch nicht hergeleitet werden; öffnet doch der § 3 Abs. 1 MuSchG 1968 im Einzelfall ausreichende Möglichkeiten, die besonders gefährdete Schwangere schon vor dem Einsetzen der Schutzfrist von der Arbeit freizustellen.[149]

2) Die Schutzfrist nach der Entbindung

Die Erweiterung der Arbeitsfreistellung für die Wöchnerinnen und stillenden Mütter durch § 6 Abs. 1 MuSchG 1968

---

147 S. 24 f.

148 So Schriftl. Bericht des Ausschusses für Arbeit des BT, BTDrucks. zu IV/3652, S. 3; auch Winkler/von der Lancken, ArbGeb 1964, 79, bezeichnen die im medizinischen Schrifttum niedergelegten einschlägigen Ergebnisse als "keineswegs einheitlich".

149 Schriftl. Bericht des Ausschusses für Arbeit des BT, BTDrucks. zu IV/3652, S. 3

wurde zwar weitgehend als noch nicht ausreichend angesehen,[150] doch bedeutet sie bereits einen wesentlichen Fortschritt, der der jungen Mutter insgesamt ausreichend Zeit zur eigenen Erholung und intensiven Beschäftigung mit dem Neugeborenen gibt,[151] was besonders für die Entwicklung des Mutter-Kindverhältnisses von hervorragender Bedeutung ist.[152]

3) Die Angleichung der Schutzfristen für Tagesmädchen und Hausgehilfinnen

Mit der Neufassung des § 3 Abs. 2 MuSchG 1968 und der dadurch erfolgten einheitlichen Festlegung der vor der Niederkunft geltenden Schutzfrist für alle Arbeitnehmerinnen hat sich der Gesetzgeber die gegen die frühere Regelung vorgebrachten Bedenken[153] zu eigen gemacht und das sachlich nicht zu rechtfertigende einschränkende Sonderrecht für Tagesmädchen und Hausgehilfinnen beseitigt. Damit ist auch auf diesem Gebiet ein zufriedenstellender Rechtszustand erreicht.

---

150 So erachtete auch die Minderheit des Ausschusses für Arbeit eine Verlängerung der allgemeinen Schutzfristen nach der Entbindung auf generell 10 Wochen für notwendig, vgl. Schriftl. Bericht des Ausschusses für Arbeit des BT, BTDrucks. zu IV/3652, S. 4; siehe dazu ferner die weiterführenden Angaben bei Bulla/Hackbeil, § 6 Anm. 1 zum Streitstand.

151 In diesem Sinne auch Gamillscheg, Festschrift für Molitor, S. 78, nach dem sich eine Verlängerung der Schutzfristen wohl nicht gebieterisch aufdrängt. Claussen, BABl. Fachteil ArbSch 1961, 13 hält eine Verlängerung zumindest für "streitenswert".

152 Darauf hinzielende Überlegungen standen bei der Verlängerung der Schutzfristen durchaus im Vordergrund; vgl. Schriftl. Bericht des Ausschusses für Arbeit des BT, BTDrucks. zu IV/3652, S. 4

153 Siehe oben S. 35 f.

II Die Einfügung des § 2 MuSchG 1968

Einen ganz wesentlichen Schritt vorwärts auf dem Weg zum umfassenden Arbeitsschutz bedeutet schließlich die durch die Einfügung des § 2 MuSchG 1968 erfolgte Aufnahme einer Vorschrift, die sich speziell mit den bei der Gestaltung des Arbeitsplatzes von werdenden Müttern und Wöchnerinnen zu berücksichtigenden Erfordernissen befaßt und hier, entsprechend den in diesem Bereich anzutreffenden besonderen Gegebenheiten, über die allgemeinen Arbeitsschutzvorschriften hinausgeht.[154]

III Zusammenfassende Bewertung

Hält man sich vor Augen, daß bereits die Regelung des MuSchG 1952 auf dem Bereich des Gefahrenschutzes als "weitgehend lückenlos"[155] bezeichnet wurde und sieht man in diesem Zusammenhang die aufgezeigte Intensivierung durch das MuSchG 1968, so läßt sich feststellen, daß hier wohl eine Ausgestaltung des gesetzlichen Mutterschutzes erreicht ist, die, auch gemessen an der Aussage des Sozialstaatsgrundsatzes und des Art. 6 Abs. 4 GG, kaum entscheidende Verbesserungsmöglichkeiten für die Zukunft erkennen läßt.

---

154 Bulla/Hackbeil, § 2 Anm. 7; Welzel, DB 1965, 1441; derselbe, BABl. Fachteil ArbSch 1965, 241; Zmarzlik, RdA 1965, 295

155 Gamillscheg, Festschrift für Molitor, S. 62

III. Teil: Die Entgeltsicherung der erwerbstätigen Schwangeren und Wöchnerinnen

1. Kapitel: Das Ziel der Entgeltsicherung

Bereits bei der kurzen Darstellung der geschichtlichen Entwicklung des gesetzlichen Mutterschutzes in Deutschland konnte festgestellt werden, daß die Anordnung von Beschäftigungsverboten allein für die werdenden Mütter und Wöchnerinnen in der Praxis keinen wirksamen Schutz bedeutet. Muß die erwerbstätige Frau nämlich, entsprechend dem allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsatz "Ohne Arbeit kein Lohn",[156] befürchten, durch das Aussetzen mit der Arbeit finanzielle Nachteile zu erleiden, dann wird sie, gerade angesichts der wegen der Niederkunft zu erwartenden zusätzlichen Kosten, so lange als nur irgend möglich weiterhin ihre Arbeitsleistung zu erbringen versuchen. In einem derartigen Fall erweisen sich die Beschäftigungsverbote als "ein Schwert ohne Heft und Klinge",[157] sie stehen "weitgehend auf dem Papier",[158] sind also "praktisch wirkungslos".[159]

Will man demnach sicherstellen, daß die Schwangeren und Wöchnerinnen in der Zeit, während der sie infolge der Beschäftigungsverbote des Mutterschutzrechts überhaupt nicht oder zumindest nicht mehr im gleichen Ausmaß beschäftigt werden dürfen, keinerlei geldliche Nachteile in

---

156 Siehe zu diesem Grundsatz Hueck/Nipperdey, ArbR Bd. I, S. 324; Bulla, DB 1965, 1517 m.w.N. in Fußnote 1. Dazu auch BAG vom 17.7.1970, AP Nr. 5 zu § 11 MuSchG 1968: "Für die schwangere Arbeitnehmerin gilt wie für jeden Arbeitnehmer der aus §§ 614, 320 BGB zu entnehmende Grundsatz, wonach ohne Arbeit kein Anspruch auf Arbeitsvergütung besteht, wenn das Gesetz nichts anderes besagt." Ebenso Bulla/Hackbeil, § 11 Anm. 22; Gröninger/Thomas, § 11 Anm. 11; Meisel/Hiersemann, § 11 Anm. 29; Schmatz/Zmarzlik, § 11 Anm. 7

157 Gamillscheg, Festschrift für Molitor, S. 62

158 Claussen, BABl. Fachteil ArbSch 1961, 13

159 Endemann, BB 1952, 465

Kauf zu nehmen haben, so muß mit den Beschäftigungsverboten eine parallele wirtschaftliche Fürsorge verbunden sein, die ihnen auch in diesem Zeitraum den bisherigen Arbeitsverdienst erhält. Erst dann, wenn die materielle Existenzgrundlage der erwerbstätigen Frau auf diese Weise gesichert ist und die werdende Mutter "ohne wirtschaftliche Sorgen der Geburt ihres Kindes entgegenzusehen"[160] vermag, erwachsen die Beschäftigungsverbote zu praktischer Wirksamkeit, und es ist möglich, den Konflikt zwischen den mutterschaftlichen Aufgaben der Frau und ihren Bindungen aus der Erwerbsarbeit wirksam auszugleichen und zu überbrücken.[161]

Neben den Gefahrenschutz, durch welchen die aus der Erwerbsarbeit entspringenden Gefährdungen für die Gesundheit von Mutter und Kind weitgehend ausgeschaltet werden sollen, tritt damit ergänzend der Entgeltschutz, dessen Ziel es ist, die Arbeitnehmerin für die Zeit vor und nach der Entbindung der materiellen Sorge um die Mittel zur Sicherung ihrer Lebensführung zu entheben. Nur so kann endlich auch das unter vielen Aspekten wenig wünschenswerte Ergebnis vermieden werden, daß eine berufstätige Frau durch die mit einer Schwangerschaft sonst verbundene Erwerbsminderung überhaupt von einer Mutterschaft abgehalten wird.[162]

2. Kapitel: Die Regelung im MuSchG 1952

I Übersicht

Die Regelung des Entgeltschutzes im MuSchG 1952 war sehr differenziert, teilweise sogar "zwiespältig".[163]

---

160 Meisel, Anm. zu BAG vom 31.3.1969, AP Nr. 2 zu § 11 MuSchG 1968

161 Ähnlich auch Bulla/Hackbeil, vor § 11 Anm. 1; Dreis, BuR 1972, 43; Bulla, Anm. zu BAG vom 24.[illegible].1960, AP Nr. 1 zu § 8 MuSchG

162 Meisel/Hiersemann, Einl. Anm. 24; Meisel, Anm. zu BAG vom 31.3.1969, AP Nr. 2 zu § 11 MuSchG 1968

163 Gamillscheg, Festschrift für Molitor, S. 62

Das fand seinen Grund darin, daß die sich aus den gesetzlich vorgeschriebenen Leistungen ergebende materielle Belastung nur zu einem Teil als von der Gemeinschaft zu übernehmende Aufgabe ausgestaltet worden war, so, wenn die soziale Krankenversicherung eintreten mußte, dabei aber bestimmte Beträge vom Bund erstattet bekam.

Zum anderen legte die gesetzliche Verpflichtung, der Schwangeren das Entgelt trotz verminderter oder sogar vollkommen ausgefallener Arbeitsleistung in voller Höhe weiterzuzahlen, dem betroffenen Arbeitgeber eine individuelle Soziallast auf.

Schließlich gab es auch Fälle, in denen weder der Staat noch der einzelne Arbeitgeber für die Entgeltsicherung der Arbeitnehmerin Sorge trug.

II Die Entgeltsicherung während der Schutzfristen

1) Die nicht pflichtversicherten Arbeitnehmerinnen

Während der generellen Schutzfristen der §§ 3 Abs. 2 und 6 Abs. 1 MuSchG 1952 (6 Wochen vor und 6 bzw. 8 oder 12 Wochen nach der Entbindung) hatte die Arbeitnehmerin gem. § 12 MuSchG 1952 gegen ihren Arbeitgeber einen Anspruch auf Zahlung des regelmäßigen Arbeitsentgelts. Diese Regelung erfaßte indes nur die nicht in der gesetzlichen Krankenversicherung pflichtversicherten Frauen. Hier hatte sich der Gesetzgeber dazu entschlossen, dem einzelnen Arbeitgeber und nicht der gesetzlichen Krankenversicherung eine solche Verpflichtung aufzuerlegen, weil dieser nicht durch die Übernahme des halben Beitrags zur Sozialversicherung an der Aufbringung der Mittel beteiligt war, eine entsprechende Entlastung für ihn daher auch nicht zu begründen gewesen wäre.[64]

---

164 Hueck/Nipperdey, rdR Bd. I, S. 727 Fußnote 43; Bulla, Mutterschutzgesetz und Frauenarbeitsrecht, § 12 Anm. 4; derselbe, ArbRdG 1964, S. 73; Gamillscheg, Festschrift für Molitor, S. 63

Als "das regelmäßige Arbeitsentgelt" i.S. des § 12 Abs. 1 MuSchG 1952 galt dabei der Arbeitsverdienst, den die Frau, unterstellte man ihre Weiterarbeit im Betrieb während der Schutzfristen, hätte erzielen können.[165]

2) Die pflichtversicherten Arbeitnehmerinnen

Die Arbeitnehmerin, die in der gesetzlichen Krankenversicherung pflichtversichert war, erhielt dagegen gem. § 13 MuSchG 1952 während der für sie geltenden Schutzfristen ein durch die Krankenkasse zu zahlendes Wochengeld in Höhe des Durchschnittsverdienstes der letzten 13 Arbeitswochen bzw. 3 Monate.

In die Aufbringung der dafür erforderlichen Mittel teilten sich die Träger der gesetzlichen Krankenversicherung und der Bund, § 13, 14 MuSchG 1952. Gänzlich befreit von einer Leistung war in diesen Fällen der Arbeitgeber.

3) Die zulässigerweise gekündigten Hausgehilfinnen und Tagesmädchen

Hausgehilfinnen und Tagesmädchen, denen nach Ablauf des 5. Monats der Schwangerschaft durch den Arbeitgeber gem. § 3 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1 MuSchG 1952 zulässigerweise gekündigt wurde, traten nach einer solchen vorzeitig zulässigen Kündigung, die das Arbeitsverhältnis auflöste, zum einen aus dem Geltungsbereich des Mutterschutzrechts aus; zum anderen wurde dadurch die mit dem Beschäftigungsverhältnis verbundene Pflichtversicherung in der gesetzlichen Krankenversicherung beendet. Um diesen Personenkreis während der Schutzfristen dennoch nicht finanziell schutzlos zu stellen und sie auf die Leistungen der Arbeitslosenversicherung verweisen zu müssen - was mit den

---

165 Bulla, Mutterschutzgesetz und Frauenarbeitsrecht, § 12 Anm. 49; Grüll, S. 83; a.A. Köst, MuSchG 1952, § 12 Anm. 11; Peters, § 12 Anm. 2

vom gesetzlichen Mutterschutz verfolgten Zielen nicht zu vereinbaren wäre[166] -, gab § 11 Abs. 1 MuSchG 1952 den Hausgehilfinnen und Tagesmädchen einen "eigenständigen Anspruch"[167] auf die Leistungen des § 13 MuSchG 1952.

4) Zusammenfassende Bewertung

Aus dem Ineinandergreifen der §§ 12, 13 MuSchG 1952 und der daraus entspringenden wechselseitigen Entgeltsicherung durch gesetzliche Krankenversicherung einerseits und Arbeitgeber andererseits ergab sich für die erwerbstätige werdende Mutter und Wöchnerin eine lückenlose finanzielle Sicherung während der Zeit der Schutzfristen vor und nach der Entbindung.[168] [169] Mit ihr hatte der Gesetzgeber, allerdings eben nur in einem Teilbereich, einen beispielhaften Grad des Mutterschutzes erreicht, der zu keiner Kritik Anlaß gab.[170]

III Die Sonderunterstützung für Hausgehilfinnen

Die generelle Einbeziehung des Haushalts und der dort als Arbeitnehmerinnen tätigen Frauen in den gesetzlichen Mutterschutz wurde als wesentliche Neuerung i.R. des MuSchG 1952 angesehen,[171] doch erhob man schon bei der Beratung dieses Gesetzes - unter Hinweis auf die speziellen Gegebenheiten der privaten Haushalte - Bedenken, ob eine derartige Ausweitung überhaupt uneingeschränkt durchführbar sei: Das Ergebnis der Beratungen war eine Kompromißlösung,

---

166 Bulla, Mutterschutzgesetz und Frauenarbeitsrecht, § 11 Anm. 7

167 Bulla, a.a.O., § 11 Anm. 17

168 Gamillscheg, Festschrift für Molitor, S. 64

169 Auf die weiteren Bestimmungen über die Wochenhilfe, welche den Schwangeren und Wöchnerinnen von der gesetzlichen Krankenversicherung gewährt wurde, kann i.R. dieser Arbeit, die sich auf die arbeitsrechtlichen Fragen des Mutterschutzes beschränkt, nicht eingegangen werden.

170 Gamillscheg, Festschrift für Molitor, S. 64, hielt denn auch diese Regelung für "vorbildlich, im ursprünglichen Sinn des Wortes" und sah in ihr den Leitfaden, an dem sich die Auslegung der anderen Teile des MuSchG 1952 orientieren müsse.

171 Bulla, Mutterschutzgesetz und Frauenarbeitsrecht, § 11 Anm. 1

die den gesetzlichen Mutterschutz der im Privathaushalt tätigen Arbeitnehmerinnen im Vergleich zu den übrigen erwerbstätigen Frauen wesentlich abschwächte, um so eine finanzielle Entlastung der Haushalte zu erreichen.

Insbesondere wurde der allgemeine Kündigungsschutz des § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG 1952 für Tagesmädchen und Hausgehilfinnen dahingehend verkürzt, daß sie - wie die anderen Arbeitnehmerinnen - wohl bis zum Ablauf des 5. Monats ihrer Schwangerschaft einen nahezu absoluten Kündigungsschutz genossen, danach aber vom Arbeitgeber eine mutterschutzrechtlich wirksame Kündigung ausgesprochen werden konnte.

Damit ergab sich im Fall einer derartigen Kündigung - unabhängig von der oben[172] angesprochenen Erhaltung der Wochen- und Stillgeldleistungen durch § 11 Abs. 2 MuSchG 1952 - für diesen Personenkreis die Frage, wie denn die Zeit von der Auflösung des Arbeitsverhältnisses bis zum Einsetzen der Leistungen nach § 13 MuSchG 1952 finanziell zu überbrücken sei.

§ 11 Abs. 2 MuSchG 1952 gewährte den solchermaßen gekündigten Arbeitnehmerinnen einen eigenen mutterschutzrechtlichen Anspruch gegen ihre ehemalige Krankenkasse auf Zahlung einer Sonderunterstützung. Der Anspruch erreichte gleichfalls die Höhe des bisherigen Durchschnittsverdienstes, so daß die gekündigten Hausgehilfinnen oder Tagesmädchen auch während dieses Zeitraums keine Lohneinbuße erlitten.

Die im Zusammenhang damit den Trägern der gesetzlichen Krankenversicherung entstandenen Kosten bekamen diese gem. § 14 Abs. 1 MuSchG 1952 vom Bund erstattet.

---

172 S. 50 f.

IV Die Entgeltsicherung bei individuellen und generellen Beschäftigungsverboten außerhalb der Schutzfristen

1) Die gesetzliche Regelung

Nicht so übersichtlich und vor allem nicht so umfassend regelte das MuSchG 1952 dagegen die wirtschaftliche Sicherstellung der Frauen, welche aufgrund eines individuellen oder generellen Beschäftigungsverbots ihrer Tätigkeit außerhalb der allgemeinen Schutzfristen gar nicht oder zumindest nicht mehr in vollem Umfang nachgehen konnten.

Laut § 10 Abs. 1 MuSchG 1952 war den werdenden Müttern, soweit sie nicht Wochengeld nach § 13 MuSchG 1952 beziehen konnten, mindestens der Durchschnittsverdienst der letzten 13 Wochen oder, falls das Arbeitsentgelt nach Monaten bemessen war, der Durchschnittsverdienst der letzten 3 Monate in folgenden Fällen weiterzugewähren:

- wenn durch das (individuelle) Beschäftigungsverbot des § 3 Abs. 1 oder des § 6 Abs. 2 ein Wechsel der Beschäftigung veranlaßt wurde oder aufgrund desselben Verbots eine Verkürzung der Arbeitszeit eintrat (lit. a);
- wenn sich als Folge der (generellen) Beschäftigungsverbote des § 4 oder des § 6 Abs. 3 ein völliges oder teilweises Aussetzen der Arbeit oder ein Wechsel der Beschäftigung oder der Entlohnungsart ergab (lit. b).[173]

---

173 Rechtspolitisch begründete man diese finanzielle Belastung des Arbeitgebers damit, es falle in seine Risikosphäre, wenn er in dem Betrieb nur Arbeiten zu vergeben habe, die schwangere Arbeitnehmerinnen nicht zu übernehmen vermöchten. So beispielsweise BAG vom 14.10.1954, AP Nr. 1 zu § 13 MuSchG; Bulla, Mutterschutzgesetz und Frauenarbeitsrecht, § 10 Anm. 34; Bulla/Hackbeil, Einl. Anm. 51; Löst, MuSchG 1952, § 10 Anm. 16; Camillscheg, Festschrift für Molitor, S. 63; Preis, AuR 1972, 44

Die gesetzliche Regelung des Entgeltschutzes bei Beschäftigungsverboten erfaßte damit keineswegs alle Fälle, in denen die werdende Mutter zum Schutz ihrer eigenen Gesundheit oder der ihres Kindes während der Schwangerschaft die Erwerbstätigkeit einschränken oder gar völlig aufgeben mußte.[174]

2) Die Streitfragen in diesem Bereich der Entgeltsicherung

Insbesondere[175] 3 Fragen waren es, deren Beantwortung sich nicht unmittelbar dem Gesetz entnehmen ließ:

(1) Wie wird die berufstätige werdende Mutter oder Wöchnerin geschützt, die aufgrund des in § 10 Abs. 1 MuSchG 1952 nicht genannten, aber durch § 8 MuSchG 1952 ausgesprochenen Verbots der Beschäftigung mit Mehr-, Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit eine Entgelteinbuße erleidet?

(2) Trifft die Verpflichtung des § 10 Abs. 1 lit. a MuSchG 1952 den Arbeitgeber auch dann, wenn die Frau infolge eines der Verbote der §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 2 MuSchG 1952 nicht nur gezwungen ist, die Beschäftigung zu wechseln oder verkürzt zu arbeiten, sondern völlig mit der Arbeit aussetzen muß?

(3) Welches Entgelt kann eine Arbeitnehmerin verlangen, welcher der Arzt, um eine gesundheitsgefährdende Überbeanspruchung zu vermeiden, die Arbeit im Akkord untersagt hat, und die anschließend die gleiche Tätigkeit weiterhin ausübt, nun jedoch im Zeitlohn?

---

174 Darüber hinaus fand selbst diese nur unvollständige Regelung über die Weiterzahlung des Arbeitsentgelts durch den Arbeitgeber gem. § 10 Abs. 2 MuSchG 1952 nicht einmal Anwendung auf Frauen, die im Haushalt mit hauswirtschaftlichen Arbeiten beschäftigt wurden und nicht Hausgehilfinnen oder Tagesmädchen waren.

175 Weitere Lücken in den Leistungsverpflichtungen des MuSchG 1952 sind bei Rappenecker, DB 1955, 873, aufgezählt.

3) Die weiterwährende Bedeutung des damaligen Streitstandes für die heutige Diskussion

Es wird nun im folgenden untersucht werden, wie Rspr. und Literatur diese Fragen behandelt haben. Dabei soll auch darauf eingegangen werden, welche Bedeutung hier der in den Art. 20, 28 und 6 Abs. 4 GG enthaltenen Forderung nach umfassendem Mutterschutz beigemessen wurde, insbesondere, ob sich die erzielten Ergebnisse immer an dieser Forderung orientierten.

Zwar ist der Schwangeren durch das MuSchG 1968 jetzt in allen Fällen des individuellen Beschäftigungsverbots ein Anspruch in Höhe des bisherigen Durchschnittsverdienstes gegen ihren Arbeitgeber zugesprochen und damit der Entgeltschutz in diesem Bereich erheblich erweitert worden. Dennoch erübrigt sich dadurch nicht eine Darstellung der in Rspr. und Literatur zum alten Rechtszustand vertretenen Auffassungen. Eine solche Erörterung läßt vielmehr, wie darzulegen sein wird, Grundeinstellungen und Tendenzen erkennen, die zum großen Teil unter der Geltung des MuSchG 1968 wiederaufgenommen werden und somit als Ausgangspunkt der gegenwärtigen Diskussion anzusehen sind.

4) Der Entgeltschutz der werdenden Mutter oder Wöchnerin beim Verbot der Beschäftigung mit Mehr-, Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit

a) Die Auffassung des BAG im Urteil vom 24.6.1960

Mit dem Anspruch auf Mutterschutzlohn einer Schwangeren, die aufgrund des Mehrarbeitsverbots im § 8 Abs. 1 MuSchG 1952 einen Arbeitsausfall hinnehmen mußte, befaßte sich das BAG im Urteil des 1. Senats vom 24.6.1960.[176]

---

176 AP Nr. 1 zu § 8 MuSchG

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Im Rahmen der 5-Tage-Woche wurde im Betrieb der Bekl. von Montag bis Freitag täglich 9 1/2 Stunden gearbeitet; der Samstag war arbeitsfrei. Als die Kl., die ebenfalls zunächst diese allgemeine Arbeitszeit teilte, der Bekl. Mitteilung von der bei ihr eingetretenen Schwangerschaft machte, ließ diese die Kl. gem. § 8 Abs. 1 MuSchG 1952 nur noch 8 1/2 Stunden täglich arbeiten und entlohnte sie auch nur für die verkürzte Zeit. Die Kl. ist der Auffassung, sie habe gegen ihren Arbeitgeber auch einen Anspruch auf Zahlung des Lohnausfalls für täglich eine Stunde.

Das BAG versagte der Klage den Erfolg.

Die Arbeitnehmerin könne wegen des § 297 BGB einen derartigen Anspruch nicht auf § 615 BGB stützen. Es sei hier vielmehr eine von keiner der Parteien zu vertretende Unmöglichkeit anzunehmen, für die § 323 BGB eingreife.

Auch aus dem MuSchG 1952 lasse sich eine Verpflichtung des Arbeitgebers, den Mutterschutzlohn zu zahlen, nicht herleiten. Das vorliegende Beschäftigungsverbot des § 8 MuSchG 1952 sei gerade im § 10 MuSchG 1952 nicht enthalten, so daß die unmittelbare Anwendung dieser Norm ausgeschlossen sei. Sie könne auch nicht entsprechend herangezogen werden. Das sei schon dem Wortlaut des § 10 MuSchG 1952 selbst zu entnehmen. Der Gesetzgeber habe gewußt, daß das MuSchG 1952 nicht nur die im § 10 genannten, sondern eine Reihe weiterer Beschäftigungsverbote enthalte. Daher lasse die Einzelaufzählung in § 10 Abs. 1 MuSchG 1952 nur den Schluß zu, daß in allen nicht genannten Fällen eine Pflicht des Arbeitgebers zur Weiterzahlung des Arbeitsentgelts nach dem MuSchG 1952 nicht bestehen solle.

Das gleiche Ergebnis lasse sich auch aus dem Sinn der gesetzlichen Regelung herleiten. Der im MuSchG 1952 enthaltene Grundsatz gebiete wohl, daß der besondere gesetzliche

Gesundheitsschutz von Mutter und Kind nicht zu Vermögensteinbußen führen dürfe. Die Lasten aus diesem Grundsatz habe nun aber nicht uneingeschränkt der Arbeitgeber zu tragen, denn entsprechend der Regelung des Art. 6 Abs. 4 GG und mit Rücksicht auf den durch die Beschäftigungsverbote verfolgten Zweck müsse "an sich" die Allgemeinheit diese Verpflichtung erfüllen. Trete der Arbeitgeber somit an die Stelle der eigentlich verpflichteten Allgemeinheit, so verbiete sich schon von daher eine ausdehnende Auslegung der Vorschriften über die Pflicht zur Lohnfortzahlung bei Beschäftigungsverboten. Nach dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers sei der Arbeitgeber vielmehr nur insoweit heranzuziehen, als ihm das zugemutet werden könne. Das aber sei nach Ansicht des Gesetzgebers eben nur bei den in § 10 MuSchG 1952 genannten Beschäftigungsverboten der Fall.

Durch den Wegfall des für die bisherige Mehrarbeit bezahlten Arbeitsentgelts werde schließlich die materielle Existenzgrundlage der Arbeitnehmerin allenfalls geringfügig berührt, denn der ihr verbleibende Lohn für die erlaubte Arbeitszeit bedeute immer noch ein für die Lebensführung ausreichendes Einkommen.

Seine Ansicht sah das BAG weiterhin durch die Entwicklungsgeschichte des MuSchG 1952 bestätigt. Das Ergebnis befinde sich ferner in Übereinstimmung mit der bisherigen Rspr.[177] Endlich stehe ihm auch nicht die Bestimmung des Art. 6 Abs. 4 GG entgegen, der sich ausschließlich nur mit einem Anspruch der Mütter gegen die Gemeinschaft, nicht aber mit materiellen Ansprüchen gegen den einzelnen Arbeitgeber befasse.

Abschließend verneinte dann der Senat auch noch die Anwendbarkeit des § 616 Abs. 1 BGB.

---

177 Unter Hinweis auf BAG vom 14.10.1954, AP Nr. 1 zu § 13 MuSchG; BAG (GS) vom 26.4.1956, AP Nr. 5 zu § 9 MuSchG; BAG vom 5.5.1957, AP Nr. 1 zu § 10 MuSchG

Das BAG ging in diesem Urteil methodisch so vor, daß es sein bereits unmittelbar aus dem Wortlaut des § 10 MuSchG 1952 gewonnenes Ergebnis auch noch auf seine Übereinstimmung mit der Zielsetzung des Mutterschutzrechts überprüfte. Zwar sah es den Sinn des MuSchG 1952 - unter anderem - darin, Verdienstminderungen der Frauen als Folge des gesetzlichen Gesundheitsschutzes zu vermeiden, doch entwertete es die praktische Bedeutsamkeit dieses in einer absoluten Fassung sehr strengen Prüfungsmaßstabs gleich wieder weitgehend, indem es ihn entscheidend einschränkte.

Da die Verpflichtung zum Entgeltschutz den Arbeitgeber ja nur ersatzweise treffe - eigentlich müsse gem. Art. 6 Abs. 4 GG dafür die Allgemeinheit einstehen - sei die Zumutbarkeit der wirtschaftlichen Belastung als wesentliche Grenze zu beachten, die, in Abweichung von dem angestrebten Ziel der umfassenden Lohnausfallerstattung, dem Anspruch der Schwangeren auf Weiterzahlung des Arbeitsentgelts insoweit entgegenstehe.

b) Die Auffassung der Literatur

aa) Die herrschende Meinung

Das BAG wies unter Angabe zahlreicher Fundstellen[178] in dem Urteil selbst darauf hin, daß es sich mit seiner Auffassung, § 10 MuSchG 1952 enthalte hinsichtlich der Beschäftigungsverbote des § 8 MuSchG 1952 keine Lücke und daher sei in diesen Fällen kein mutterschutzrechtlicher Anspruch auf Lohnfortzahlung gegeben, in Übereinstimmung

178 Vgl. auch die Nachweise bei Bulla, ArbPdG 1964, S. 9 Fußnote 67

mit der weit überwiegenden Meinung in Rspr. und Schrifttum befand.[179]

So meinte denn auch Bulla in einer Anmerkung zu dem Urteil[180]: "Das sorgfältig begründete Urteil behandelt erschöpfend sämtliche für den Streitfall einschlägigen Gesichtspunkte und gibt für die zugehörigen Bestimmungen des MuSchG grundlegende Klarstellungen." Insbesondere sei dem Urteil der Verdienst zuzurechnen, zur Bedeutung des § 10 MuSchG 1952 und dem Umfang der daraus folgenden Pflichten des Arbeitgebers ein klärendes und bestätigendes Wort gefunden zu haben. § 10 MuSchG 1952 überbürde eine gemeine Soziallast auf den einzelnen Arbeitgeber aufgrund seines Sozialkontakts mit dem sozialrechtlich schutzwürdigen Arbeitstatbestand. Wenn das auch nichts Ungewöhnliches sei, so werde dadurch doch die Frage nach den zumutbaren Grenzen solcher Individualbelastung ausgelöst. Gerade diese Frage aber beantworte der Gesetzgeber durch § 10 MuSchG 1952 erkennbar dahin, daß die Verpflichtung zur Lohnausfallerstattung für den Arbeitgeber nur im Zusammenhang mit den ausdrücklich angeführten Beschäftigungsverboten zumutbar sei.

---

179 Nicht ganz unbestritten war das jedoch - was auch das BAG, allerdings nur i.R. der angeführten Zitate, bemerkte - für den Fall der Verdienstminderung aufgrund des Beschäftigungsverbots mit Nachtarbeit. So hatte z.B. das LAG Stuttgart, Urteil vom 31.3.1953, AP 54 Nr. 16, die Auffassung vertreten, das MuSchG 1952 enthalte hier eine echte Gesetzeslücke, da es nicht die Lohnansprüche der werdenden Mutter, welche arbeitsvertraglich ausschließlich zur Nachtarbeit verpflichtet sei, regele. Diese Gesetzeslücke sei in analoger Anwendung des § 10 Abs. 1 lit. a MuSchG 1952 zu Lasten des Arbeitgebers zu schließen. Dagegen aber Bulla, Mutterschutzgesetz und Frauenarbeitsrecht, § 8 Anm. 43; derselbe in Anm. zu LAG Stuttgart vom 31.3.1953, BAE 1953, 125; ablehnend auch Endemann, DuR 1953, 171, und in seiner Anm. zu LAG Stuttgart vom 31.3.1953, AP 54 Nr. 16, wo er zwar der Entscheidung im Ergebnis zustimmt, die Lückentheorie und die hieraus vom LAG Stuttgart abgeleitete Notwendigkeit einer richterlichen Nachhilfe, also den wesentlichen Teil der Begründung, aber als nicht überzeugend verwirft.

180 Zu AP Nr. 1 zu § 3 MuSchG

Schließlich unterstützte Bulla das BAG auch dahingehend, daß die erwerbstätige Schwangere aus Art. 6 Abs. 4 GG keine materiellen Einzelansprüche mutterschutzrechtlicher Art gegen den Arbeitgeber abzuleiten vermöge. So spreche man Art. 6 Abs. 4 GG überwiegend nur die Bedeutung eines bloß programmatischen Rechtsgrundsatzes im Gefüge des Grundgesetzes zu, der als "Anspruch" viel zu unbestimmt sei. Diesen Grundsatz aber habe unter anderem das MuSchG 1952 aktualisiert,[181] so daß nach allgemeinen methodologischen Grundsätzen - lex specialis derogat legi generali - mutterschutzrechtlich zu verstehende Ansprüche gegen den Arbeitgeber ausschließlich dem MuSchG 1952 zu entnehmen seien.

b) Die abweichende Auffassung Gamillschegs

Abweichender Auffassung war dagegen Gamillscheg.[182] Er führte an, § 10 MuSchG 1952 besage, entgegen der Auffassung des BAG, gerade nicht, daß das Arbeitsentgelt nur bei den im einzelnen genau bezeichneten Fällen von Beschäftigungsverboten durch den Arbeitgeber weiterzugewähren sei. Aus dem Wortlaut dieses Paragraphen lasse sich daher eine einwandfreie Lösung nicht ableiten. Auch auf den Willen oder die Kenntnis des Gesetzgebers dürfe man nicht abstellen, denn dieser habe in den Jahren 1950 bis 1952 die spätere tatsächliche Entwicklung der Arbeitszeitlage zur 5-Tage-Woche noch nicht erkennen und daher auch noch nicht bewußt berücksichtigen können. Sei demnach das Schweigen des Gesetzgebers hinsichtlich der Lohnausfallerstattung beim Eingreifen der Beschäftigungsverbote des § 8 MuSchG 1952 nicht als eine gewollte Herausnahme dieser Fälle aus der Verpflichtung des Arbeitgebers anzusehen, dann weise, so Gamillscheg, das Gesetz

---

181 Vgl. auch von Mangoldt/Klein, Art. 6 Anm. V 1

182 Festschrift für Molitor, S. 64 ff.

eine Lücke auf, die "im Lichte der Verpflichtung zur sozialstaatlichen Auslegung"[183] und "im Sinne der Forderung nach lückenlosem Mutterschutz"[184] geschlossen werden müsse. Nur dadurch lasse sich eine dauernde Lohneinbuße der werdenden und stillenden Mütter verhindern und damit ein dem Zweck des Gesetzes und dem Gedanken des umfassenden Mutterschutzes entsprechendes Ergebnis erzielen.

Die Last der Entgeltfortzahlung könne dann nur den Arbeitgeber treffen, der, im Rahmen des Betriebsverfassungsgesetzes, die Verteilung der Arbeitszeit in der Hand habe. Er trage daher nach allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätzen das Risiko der Lohnzahlung auch dann, wenn die Arbeitszeitregelung zu einer Verhinderung der Arbeitsleistung führe.

Nach Gamillscheg dringt gegenüber dieser Lösung auch der Einwand nicht durch, die Regelung des Art. 6 Abs. 4 GG verbiete eine weitere Belastung des einzelnen Arbeitgebers.[185] De lege ferenda sei es wohl zu überlegen, ob nicht der gesamte Mutterschutz, beispielsweise in der Form einer Mutterschaftsversorgung, durch die Allgemeinheit zu übernehmen sei.[186] Das MuSchG 1952 sehe indes eine Inanspruchnahme auch des Arbeitgebers vor. Es sei daher, gemessen am gegenwärtigen Recht, bedenkenfrei,

---

183 a.a.O., S. 65

184 a.a.O., S. 65

185 Gegen die Auffassung, schon gem. Art. 6 Abs. 4 GG dürften die Lasten des Mutterschutzes, die eigentlich der Staat tragen müsse, für den Fall, daß sie ausnahmsweise der Arbeitgeber zu übernehmen habe, nicht unverhältnismäßig hoch sein, wendet sich in jüngster Zeit ebenfalls Preis, AuR 1972, 48. Er weist darauf hin, daß der Art. 6 Abs. 4 GG allein gar kein Kriterium für die Beantwortung der Frage enthalte, welche finanzielle Belastung des Arbeitgebers denn als unangemessen angesehen werden müsse.

186 a.a.O., S. 67

enn in Erfüllung des übergeordneten gesetzlichen Grundgedankens, den Beschäftigungsverboten durch den Ausgleich des Verdienstausfalls zur Wirksamkeit zu verhelfen, der Arbeitgeber eine weitere finanzielle Last übernehmen müsse.

Diese Ansicht Gamillschegs, § 10 MuSchG 1952 enthalte eine Lücke, welche im Sinne der aus dem Sozialstaatsgrundsatz und dem richtig verstandenen Art. 6 Abs. 4 GG zu entnehmenden Forderung nach lückenlosem Mutterschutz auszufüllen sei, hat in der Literatur keine Zustimmung gefunden. Insbesondere wurden weiterhin die grundsätzlichen Erwägungen des BAG zur Kostenlastenverteilung als überzeugend und damit einer derartigen Auffassung entgegenstehend angesehen.[187]

5) Der Entgeltschutz der werdenden Mutter oder Wöchnerin, die aufgrund eines der in den §§ 3 Abs. 1, 6 Abs. 2 MuSchG 1952 enthaltenen Beschäftigungsverbote völlig mit der Arbeit aussetzen muß

Konnte die Arbeitnehmerin eine Tätigkeit, die eigentlich, von der mit ihr verbundenen körperlichen Belastung her, werdenden Müttern und Wöchnerinnen durchaus zuzumuten war, aus individuellen Gründen nicht übernehmen - sie neigte besonders leicht zu Fehlgeburten oder wies allgemein nur eine schwächliche Konstitution auf, so daß die normal verlaufende Schwangerschaft sie außergewöhnlich stark beanspruchte, oder die Schwangerschaft nahm einen mit besonderen Komplikationen verbundenen, unnormen Verlauf - so regelte das Gesetz ausdrücklich nur den Fall, daß sich als Folge dieser in der Person der Schwangeren oder Wöchnerin liegenden Gründe die von

187 Vgl. nur Bulla, ArbRdG 1964, S. 69 f. Dieser bezeichnet denn auch ausdrücklich die in § 10 MuSchG 1952 dem Arbeitgeber auferlegte Lohnausfallerstattung bei mutterschutzrechtlich bedingter Kürzer- oder Andersbeschäftigung als " eine totale".

ihr erbrachte Arbeitsleistung änderte oder verkürzte. Erhielt die Arbeitnehmerin also eine neue Tätigkeit zugewiesen, bei der sie leichtere Arbeiten zu verrichten hatte, oder behielt sie ihren alten Arbeitsplatz, begann jedoch später oder hörte vorzeitig auf und verringerte dadurch den zeitlichen Umfang der körperlichen Beanspruchung, so mußte der Arbeitgeber dennoch den von ihr in den letzten 3 Monaten oder 12 Wochen durchschnittlich verdienten vollen Lohn weiterzahlen, § 10 Abs. 1 lit. a MuSchG 1952.

Für den Fall, daß die Arbeitnehmerin durch die individuellen Gründe zum völligen Aussetzen der Arbeit gezwungen war - sei es, daß sie überhaupt keiner Erwerbstätigkeit mehr nachgehen konnte, sei es, daß sie wohl noch in der Lage war, leichtere Tätigkeiten zu übernehmen, dazu aber gerade im Betrieb ihres Arbeitgebers keine Möglichkeiten bestanden - enthielt das Gesetz keine ausdrückliche Regelung hinsichtlich der Lohnausfallerstattung.

a) Die Auffassung des BAG

Zu dieser Frage hatten sich zwar die Untergerichte zu äußern,[188] eine unmittelbar einschlägige Entscheidung des BAG liegt dagegen nicht vor.

In zwei Entscheidungen,[189] die sich primär nur damit befaßten, ob bei einer während der allgemeinen Schutzfristen eintretenden krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit der Schwangeren letzten Endes der Arbeitgeber oder die Krankenkasse die finanziellen Lasten zu tragen hätte, teilte sich das BAG jedoch in den die Entscheidung nicht tragenden Passagen der Begründung auf folgen-

---

188 Angaben bei Bulla, Mutterschutzgesetz und Frauenarbeitsrecht, § 10 Anm. 19; Köst, MuSchG 1952, § 10 Anm. 14

189 BAG vom 14.10.1954, AP Nr. 1 zu § 13 MuSchG
BAG vom 26.8.1960, AP Nr. 20 zu § 63 HGB

den Standpunkt: Müsse die Frau infolge des individuellen Beschäftigungsverbots des § 3 Abs. 1 MuSchG 1952 völlig mit der Arbeit aussetzen, so stehe ihr kein Anspruch auf Mutterschutzlohn zu. Bei einer vollen Arbeitsunfähigkeit aufgrund des Beschäftigungsverbots des § 3 Abs. 1 MuSchG 1952 sei vielmehr stets eine Krankheit und damit ein Anspruch gem. den §§ 616 BGB, 63 HGB, 133c GewO gegeben.

b) Die Auffassung der Literatur

aa) Die herrschende Meinung

Die ganz überwiegende Auffassung in der Literatur[190] legte - insoweit dem BAG folgend - das Schweigen des Gesetzes dahin aus, daß eine Lohnausfallerstattung des Arbeitgebers aufgrund mutterschutzrechtlicher Vorschriften hier nicht in Frage komme. Es handele sich dabei nicht um eine Lücke in der gesetzlichen Regelung der Entgeltausfallerstattung, sondern um die gesetzlich gewollte Begrenzung der mutterschutzrechtlichen Belastung des Arbeitgebers für die Fälle eines individuellen Beschäftigungsverbots. Anders als bei den generellen Beschäftigungsverboten, bei denen das hierauf gestützte Aussetzen mit der Arbeit den Anspruch auf den Mutterschutzlohn nicht beseitige (§ 10 Abs. 1 lit. b MuSchG 1952), beruhe das in lit. a angesprochene individuelle Beschäftigungsverbot nicht auf in der betrieblichen Sphäre liegenden und deshalb dem Arbeitgeber in größerem Maße anzulastenden Umständen. Ursache sei vielmehr das subjektive Unvermögen gerade der jeweiligen Arbeiterin, die bisherige Arbeit auch weiterhin zu erbringen. Von daher sei die unterschiedliche Regelung der Lohnausfallerstat-

---

190 Bulla, Mutterschutzgesetz und Frauenarbeitsrecht, § 10 Anm. 39; Köst, MuSchG 1952, § 10 Anm. 14, jeweils m.w.N.

tung in den Fällen des völligen Aussetzens mit der Arbeit gerechtfertigt.[191]

Dieses für die werdende Mutter wirtschaftlich ungünstige Ergebnis bedinge jedoch für den Arbeitgeber eine "besondere fürsorgemäßige Verpflichtung",[192] die Arbeitnehmerin im Rahmen der betrieblichen Möglichkeiten so lange als möglich weiterzubeschäftigen und ihr dadurch den Entgeltanspruch gem. § 10 Abs. 1 lit. a MuSchG 1952 zu erhalten.[193] Komme der Arbeitgeber dieser Verpflichtung nicht nach, so behalte die Arbeitnehmerin das Recht auf die Entgeltfortzahlung in der Form des Schadensersatzanspruchs.

Die h.M. in der Literatur folgte damit auch dem aus den Materialien zu entnehmenden Willen des Gesetzgebers.

In der Aussprache vom 12.12.1951 über den von der SPD-Fraktion eingebrachten Entwurf eines Gesetzes zum Schutze der Mutter (Mutterschutzgesetz) hatte die Berichterstatterin des Ausschusses für Sozialpolitik des BT, Frau Dr. Rehling, erklärt,[194] man könne in solchen Fällen nicht dem Arbeitgeber die Last der Lohnausfallerstattung für eventuell viele Monate auferlegen. Eine gewisse Sicherstellung der betroffenen Frauen sei zudem durch das Eingreifen der §§ 616 BGB, 63 HGB, 133c GewO gewährleistet, aus denen für diesen Personenkreis gegebenenfalls ein, allerdings zeitlich beschränkter, Anspruch auf Gehaltsfortzahlung erwachse.[195]

---

191 Bulla, Mutterschutzgesetz und Frauenarbeitsrecht, § 10 Anm. 34, 36; Köst, MuSchG 1952, § 10 Anm. 11; siehe auch BAG vom 14.10.1954, AP Nr. 1 zu § 13 MuSchG

192 Bulla, a.a.O., § 10 Anm. 40

193 Hueck/Nipperdey, ArbR Bd. I, S. 729 Fußnote 52; Bulla, a.a.O., § 10 Anm. 40; siehe auch BAG vom 5.3. 1957, AP Nr. 1 zu § 10 MuSchG

194 BTProt. I S. 7521

195 Ebenso Arning, Anm. zu BAG vom 14.10.1954, BABl. 1955, 259; Bulla, Anm. zu BAG vom 14.10.1954, AR-Blattei D, Mutterschutz, Entscheidungen Nr. 5; Hueck, Anm. zu BAG vom 14.10.1954, AP Nr. 1 zu § 13 MuSchG

bb) Die abweichende Auffassung Gamillschegs

Auch in diesen Fällen vertrat Gamillscheg eine von der h.M. abweichende Auffassung.

Anders als bei der Nichterwähnung des Verbots der Mehrarbeit durch § 10 Abs. 1 MuSchG 1952 gestand er zu,[196] der aus den Worten der Berichterstatterin zu entnehmende Wille des Gesetzgebers spreche für die h.M., jedoch sei hier das Gesetz "schlecht"[197] und kaum "plausibel"[198] zu machen. Er legte dann im weiteren dar, daß der § 616 BGB der Schwangeren, soweit er überhaupt eingreife, nur einen höchst unzureichenden Schutz biete und daher kaum die Abkehr vom Prinzip des lückenlosen Schutzes der werdenden Mutter zu rechtfertigen vermöge.[199] Auch die Leistungen der Krankenversicherung würden keinesfalls allen berufstätigen Schwangeren und Wöchnerinnen zuteil - c z. B. nicht den Angestellten, die aufgrund eines zu hohen Gehalts nicht pflichtversichert seien - sie lägen zudem in der Höhe unter dem bisherigen Durchschnittsverdienst.[200]

Gerade für die werdende Mutter, deren körperliches Wohlbefinden durch die Schwangerschaft schon über die normalen Beschwerden hinaus beeinträchtigt werde, ergäben sich deshalb auch noch zusätzliche finanzielle Sorgen. Von daher sei zu fordern: "eine Unterbrechung der Leistungen an die werdende und stillende Mutter darf auch während des völligen Ruhens des Arbeitsverhältnisses nicht eintreten."[201]

---

196 Festschrift für Molitor, S. 69
197 a.a.O., S. 69
198 a.a.O., S. 69
199 a.a.O., S. 69
200 a.a.O., S. 69
201 a.a.O., S. 70

Der Arbeitgeber müsse deshalb nicht nur in den Fällen der veränderten oder verkürzten Beschäftigung, sondern auch beim völligen Aussetzen mit der Arbeit den bisherigen Durchschnittsverdienst weiterzahlen.

Das Gesetz schweige hier und verbiete eine derartige Lösung also zumindest nicht expressis verbis. Die entgegenstehenden Äußerungen der Berichterstatterin seien "an sich ja unverbindlich".[202] Das sich im Zusammenhang mit dem Schweigen des Gesetzes dagegen anbietende argumentum e contrario verliere seine Bedeutung gegenüber der Heranziehung des Sozialstaatsgedankens, der sich hier in der Forderung nach lückenlosem Mutterschutz konkretisiere. Wo es, wie in der angesprochenen Notsituation der werdenden Mütter und Wöchnerinnen um "existentielle Fragen von unmittelbarer Bedeutung für Leib und Leben der Betroffenen"[203] gehe, da müsse der Richter unter Zuhilfenahme des Sozialstaatsprinzips auch eine vom Gesetzgeber gewollte Begrenzung überwinden können. Insoweit komme dieser Grundentscheidung der Verfassung allerdings die Bedeutung einer echten eigenständigen Anspruchsgrundlage zu.

Camillscheg verkannte dabei nicht, daß ein dergestalt erweiterter Entgeltschutz die Finanzkraft manches Mittel- und Kleinbetriebes übersteigen könnte, also auch hier in gewisser Weise die Schranke der Zumutbarkeit zu beachten sei. Das dürfe indes nicht zu einer Verkürzung des gesetzlichen Mutterschutzes führen. Näher läge es vielmehr, de lege ferenda in den Fällen des individuell begründeten völligen Aussetzens mit der Arbeit die daraus entstehende

---

202 a.a.O., S. 70

Vgl. dazu auch BAG vom 26.8.1960, AP Nr. 20 zu § 63 HGB, wonach die in den mündlichen Erläuterungen der Berichterstatterin des zuständigen Bundestagsausschusses zum Ausdruck gekommenen Gesetzesmaterialien zwar "nicht von vornherein unerheblich" seien, ihnen "aber keine selbständige Bedeutung" zukomme.

203 a.a.O., S. 70

finanzielle Belastung der Allgemeinheit zu übertragen, indem die Krankenkassen zur Zahlung des Durchschnittsverdienstes an die Schwangeren und Wöchnerinnen verpflichtet seien, ihrerseits jedoch einen entsprechenden Ersatzanspruch gegen den Bund geltend machen könnten.[204]

cc) Die Entgegnung der herrschenden Meinung

Dieser Ansicht Gamillschegs wurde gleichfalls unter Heranziehung der vom BAG[205] angestellten Überlegungen zur Kostenlastverteilung im Mutterschutzrecht entgegengetreten.[206] Überdies spreche die Sozialstaatsklausel, soweit sich ihr überhaupt im Sinne Gamillschegs eine Forderung nach möglichst weitgehendem Mutterschutz entnehmen lasse, in erster Linie den Gesetzgeber an. Ziehe man sie hingegen schon zur Korrektur des geltenden Mutterschutzrechts heran, so müsse dabei doch wiederum Art. 6 Abs. 4 GG beachtet werden. Der durch ein solches Vorgehen gewonnene Anspruch auf Lohnausfallerstattung habe daher allenfalls das Gemeinwesen selbst, nicht aber den einzelnen Arbeitgeber zum Ziel.[207] Schließlich sei mit der überwiegenden Auffassung[208] das Bekenntnis der Verfassung zum Sozialstaat überhaupt nicht, also auch nicht in den von Gamillscheg insoweit nur angeführten Fällen der unmittelbaren Bedrohung für Leib und Leben der Betroffenen, als selbständige Anspruchsgrundlage anzusehen.

In der Argumentation der Rechtslehre wurde damit weiterhin weniger dem Sozialstaatsgrundsatz, als vielmehr der Aussage des Art. 6 Abs. 4 GG entscheidende Bedeutung beigemessen, der man dann - infolge der ausschließlichen Ver-

---

204 a.a.O., S. 71

205 Wie Anm. 176

206 Bulla, ArbRdG 1964, S. 70 f.

207 Bulla, a.a.O., S. 71

208 Vgl. die Nachweise bei Bulla, a.a.O., S. 71 Fußnote 72

pflichtung der Gemeinschaft - hinsichtlich des hier in Frage stehenden Lohnfortzahlungsanspruchs der werdenden Mütter und Wöchnerinnen eine einschränkende, also negative Wirkung beilegte.

6) Der Entgeltschutz der werdenden Mutter oder Wöchnerin, die aufgrund ärztlichen Attests von Akkord- auf Zeitlohn umgesetzt wird, über ihre bisherige Tätigkeit beibehält

a) Die Auffassung des BAG

aa) Die Auffassung des BAG im Urteil vom 9.8.1963

Zu der Frage, ob eine werdende Mutter, der vom Arzt die Weiterarbeit im Akkord untersagt worden war, bei der also ein individuelles Beschäftigungsverbot nach § 3 Abs. 1 MuSchG 1952 vorlag, und die daraufhin ihre bisherige Arbeit im Zeitlohn verrichtete, Anspruch auf Mutterschutzlohn nach § 10 Abs. 1 lit. a MuSchG 1952 hatte, äußerte sich das BAG in einem Urteil vom 9.8.1963.[209]

Das Gesetz selbst sprach in § 10 Abs. 1 lit. a MuSchG 1952 eine Lohnfortzahlungsverpflichtung des Arbeitgebers nur für den Wechsel der Beschäftigung aus und erwähnte demnach den hier vorliegenden Wechsel der Entlohnungsart nicht ausdrücklich. Dennoch hat das BAG der werdenden Mutter auch in diesem Fall den Anspruch auf den Durchschnittsverdienst der letzten 13 Wochen oder 3 Monate zugesprochen.

Daraus, daß der "Wechsel der Entlohnungsart" in § 10 Abs. 1 lit. a MuSchG 1952 - abweichend von § 10 Abs. 1 lit. b (generelle Beschäftigungsverbote) - nicht enthalten war, ließ sich nach dem BAG nicht zwingend die Folgerung ziehen, für diese Fälle gewähre § 10 Abs. 1 lit a MuSchG 1952 der werdenden Mutter keinen Entgeltanspruch. Für die Anwendung und Auslegung eines Gesetzes komme es nämlich "nicht allein auf den

---

209 AP Nr. 2 zu § 10 MuSchG

Wortlaut, sondern vor allem auf den Sinn der Regelung an."[210] Gerade in dem hier vorliegenden Fall, wo weder die logisch-systematische noch die historische Auslegung zu einem zweifelsfreien Ergebnis führten,[211] sei "die Lösung allein aus dem Sinn und Zweck des Gesetzes (zu) finden".[212]

Das Ziel des gesetzlichen Mutterschutzes sei unter anderem, mit Hilfe der verschiedenartigen Beschäftigungsverbote während der Schwangerschaft und während bestimmter Zeiten nach der Niederkunft die Arbeitnehmerin im Interesse der Gesunderhaltung von Mutter und Kind vor körperlicher Überbeanspruchung zu schützen und sie zugleich, durch die Regelung des § 10 MuSchG 1952, vor wirtschaftlichen Nachteilen zu bewahren, die sich sonst aus der Befolgung der Verbote ergeben könnten.

§ 10 MuSchG 1952 gewähre nun jedoch nicht in allen Fällen einen finanziellen Ausgleich durch den Arbeitgeber. Das habe das Gericht bereits zuvor festgestellt.[213] Der hier zu entscheidende Sachverhalt liege jedoch gegenüber der damaligen Ausgangsfall anders, so daß es in diesem Zusammenhang dahingestellt bleiben könne, ob trotz der von Gamillscheg geübten Kritik[214] an der früher geäußerten Auffassung festzuhalten sei. Die Abweichung bestehe nämlich darin, daß das hier für die Schwangere eingreifende Beschäftigungsverbot nicht von vornherein aus der Entgeltausfallregelung des § 10 MuSchG 1952 herausgenommen, sondern im § 10 Abs. 1 lit. b MuSchG 1952 enthalten sei. Die Frage stelle sich damit nicht wie in der früheren Entscheidung in der Form, ob das gegebene Beschäftigungsverbot unter § 10 MuSchG 1952 zu subsumieren sei - das könne angesichts des § 10 Abs. 1 lit. a MuSchG 1952 nur eindeutig bejaht werden -, sondern es sei ausschließlich

---

210 BAG a.a.O., unter II 2 der Gründe

211 Das wird in der Entscheidung näher ausgeführt.

212 BAG a.a.O., unter II 3 c der Gründe

213 BAG vom 24.6.1960, AP Nr. 1 zu § 8 MuSchG

214 Vgl. oben S. 60 ff.

zu untersuchen, "ob eine im Gesetz nicht wörtlich bezeichnete Folge eines Beschäftigungsverbots gleichwohl in die gesetzliche Regelung einbezogen"[215] werden müsse.

Unter derartigen Voraussetzungen verdiene nun der im Rahmen des gesetzlichen Mutterschutzes besonders bedeutsame verfassungsrechtlich begründete Sozialstaatsgedanke Beachtung. Diesem sei die Forderung nach möglichst lückenlosem Schutz für die im Arbeitsverhältnis stehenden Mütter zu entnehmen. Seine Heranziehung ergebe für eine auf den Sinn des Gesetzes abstellende Auslegung, daß, wenn Zweifel über die Anwendung einer Norm sich nicht aus dem Wortlaut des Gesetzes beheben ließen, die Lösung zu bevorzugen sei, welche zugunsten der Arbeitnehmerin spreche.

Allerdings dürften dabei nicht beachtliche Interessen des Arbeitgebers beeinträchtigt werden. Das aber, führte das BAG weiter aus, trete auch nicht ein.

Aus einer Gesamtbetrachtung des § 10 Abs. 1 MuSchG 1952 leitete das BAG schließlich die allgemeine Folge ab, daß die von einem der in § 10 Abs. 1 lit. a MuSchG 1952 erwähnten individuellen Beschäftigungsverbote betroffenen Frauen nur dann, nach dem Sinn des Gesetzes aber auch immer dann den Mutterschutzlohn von ihrem Arbeitgeber fordern dürften, wenn aufgrund dieses Verbots die Arbeitsleistung nicht völlig eingestellt, sondern bloß in geringerem Umfang erbracht werde. Anknüpfungspunkt für die Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers sei daher die erlaubte Weiterarbeit der Frau nach dem Einsetzen des Beschäftigungsverbots. Nehme man dieses als Ziel der gesetzlichen Regelung, so stellten die im § 10 Abs. 1 lit. a MuSchG 1952 genannten Folgen eines individuellen Beschäftigungsverbots nur eine beispielhafte Aufzählung dar, so daß auch gleichgelagerte, in dieser Norm jedoch nicht ausdrücklich erwähnte Fälle in die Vorschrift einzubeziehen seien.

---

215 BAG a.a.O., unter II 3 c bb der Gründe

daß der Wechsel von Akkordlohn auf Zeitlohn die wirtschaftliche Existenz der Wöchnerinnen nicht entscheidend beeinträchtigen könne, verschlage demgegenüber nichts. Nach § 10 Abs. 1 lit. b MuSchG 1952, der einen Ausgleich ebenfalls beim Wechsel der Entlohnungsart gewähre, solle der Arbeitnehmerin nicht nur das Existenzminimum, sondern der Lohn weitergewährt werden, auf den sie sich in ihrer Lebenshaltung eingestellt habe. Das aber sei der bisher erzielte Akkordverdienst.[216]

Als ebenso bedeutungslos müsse die bei dieser Lösung den Arbeitgeber treffende zusätzliche Belastung angesehen werden. In der Form des argumentum a maiore ad minus[217] führte das BAG aus: "Wenn die Arbeitnehmerin wie hier die Klägerin nach Eintritt des Beschäftigungsverbots während der vollen bisherigen Arbeitszeit die gleiche Arbeit ausführt, wird in aller Regel das Arbeitsergebnis und damit ihre Gegenleistung für den Mutterschutzlohn viel größer und damit wertvoller sein als in zahlreichen Fällen der Arbeitszeitverkürzung oder des Wechsels der Beschäftigung, in denen die Lohnfortzahlungspflicht aus § 10 Abs. 1 lit. a MuSchG unbestreitbar ist."[218]

Schließlich wies der Senat auf die engen Parallelen zwischen dem vorliegenden Fall und dem Beschäftigungsverbot

---

216 Diese Erwägungen decken sich zwar mit entsprechenden Ausführungen des Gerichts zum Sinn und Zweck der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall (vgl. BAG AP Nr. 13, 23, 42 zu § 1 ArbKrkhG), sie stehen aber doch wohl in einem gewissen Widerspruch zur o.a. Entscheidung vom 24.6.1960, so eine Minderung des Arbeitsentgelts infolge Wegfalls der bisherigen Mehrarbeitszuschläge als unbedenklich angesehen wurde. Damals hatte das BAG nämlich nur darauf abgestellt, ob nach einer solchen Verkürzung des Entgelts der Arbeitnehmerin zumindest immer noch ein für die Lebensführung ausreichendes Einkommen, also das Existenzminimum, zur Verfügung stehe.

217 Hoyer, Diss., S. 135

218 BAG a.a.O., unter II 3 c ee der Gründe

des § 4 Abs. 2 lit. h MuSchG 1952 hin. Bei dessen Eingreifen mit anschließendem Wechsel der Entlohnungsart behalte die werdende Mutter kraft der ausdrücklichen Bestimmung des § 10 Abs. 1 lit. b MuSchG 1952 ihren Anspruch auf den bisherigen Durchschnittsverdienst. Für eine Absicht des Gesetzgebers, zwei in tatsächlicher Hinsicht so ähnliche Fälle verschieden behandeln zu wollen, gebe es keinen überzeugenden Grund.

bb) Vergleichende Analyse der BAG-Urteile vom 24.6.1960 und 9.8.1963

Das BAG stellte im ersten Teil der Begründung des Urteils vom 9.8.1963[219] fest, der Wortlaut des § 10 Abs. 1 lit. a MuSchG 1952 biete "keinen Anhaltspunkt" für einen Anspruch der Arbeitnehmerin auf Mutterschutzlohn. Es hätte nun eigentlich für das Gericht nahegelegen, in Fortführung des Urteils vom 24.6.1960[220] aus der Nichterwähnung des Wechsels der Entlohnungsart durch § 10 Abs. 1 lit. a MuSchG 1952 im Wege des argumentum e contrario zu folgern, der Gesetzgeber habe damit eine Lohnfortzahlung in diesen Fällen ausschließen wollen. Diesen Weg ging der Senat jedoch nicht. Er vertrat gegenüber einer solchen, mehr formalen Betrachtungsweise vielmehr die Auffassung, bei der Anwendung und Auslegung eines Gesetzes sei der Sinn der Regelung von vorrangiger Bedeutung. Dieser Satz ist indes nicht so zu verstehen, daß das BAG damit reinen "Sinn- und Zweckerwägungen" die Kraft beilegen wollte, den einem angestrebten Ergebnis eindeutig entgegenstehenden Wortlaut der einschlägigen Norm zu überwinden. Es kam zu diesen Überlegungen vielmehr nur, weil es im Wege der logisch-systematischen Auslegung eine "gewisse Vermutung" dafür als gegeben ansah, daß der Gesetzgeber es versäumt hatte, den angesprochenen Fall zu regeln, ein "eindeu-

219 BAG a.a.O.

220 AP Nr. 1 zu § 8 MuSchG

tiger Wortlaut" demnach gar nicht vorlag. Der dem Wortlaut nach zumindest nicht eindeutige Rechtszustand mußte dann entsprechend der Zielsetzung der Gesamtregelung ausgefüllt werden.

Hierbei fällt, wiederum im Vergleich zum Urteil vom 24.6. 1960 auf, welche Zielsetzung das BAG nunmehr dem Mutterschutzrecht entnahm. Der Sinn des Gesetzes wurde, in enger Verbindung mit dem Sozialstaatsgedanken, erst dann als verwirklicht angesehen, wenn der werdenden Mutter oder Wöchnerin bei Beschäftigungsverboten ein lückenloser Entgeltschutz zuteil und ihr somit jeder finanzielle Anreiz zur vielleicht schädlichen Weiterarbeit genommen wurde. Dabei vernachlässigte das Gericht jedoch ebenfalls nicht die beachtlichen Interessen des Arbeitgebers.

Für die Ermittlung der dem MuSchG eigenen Zweckbestimmung trat also beherrschend der durch diese Regelung der Arbeitnehmerin zu gewährende umfassende Schutz in den Vordergrund.

Im früheren Urteil hatte dagegen die Heranziehung des im Art. 6 Abs. 4 GG enthaltenen Gedankens, der Mutterschutz sei Sache der Allgemeinheit, dazu geführt, dem Gesetz einen für die Schwangere überwiegend negativen, weil die finanzielle Entgeltsicherung beschränkenden Sinn beizulegen. Eine wesentliche Zweckbestimmung des MuSchG sah das BAG nämlich damals zumindest auch darin, die Belastung des Arbeitgebers durch den Mutterschutzlohn in den noch zumutbaren, dem Gesetz zu entnehmenden Grenzen zu halten. Demgegenüber falle eine Lücke im Entgeltschutz, die zu einer nur geringen Verdienstkürzung der Erwerbstätigen führe, nicht ins Gewicht.

Die Erfassung der dem richtig verstandenen Sozialstaatsgedanken gerade im Bereich des gesetzlichen Mutterschutzes zukommenden überragenden Bedeutung hat somit zu der aufgezeigten Verschiebung der Schwerpunkte in der Auffassung des Gerichts über den Sinn des MuSchG und als Folge davon im konkreten Fall zu einer Verbesserung des

der Schwangeren aus dem MuSchG 1952 erwachsenden Schutzes geführt.

a) Die Auffassung der Literatur

Die Entscheidung des BAG vom 9.8.1963 hat in der Rechtslehre überwiegend Zustimmung erfahren. Wo sich Kritik zeigte, richtete sie sich mehr gegen die Begründung als gegen das Ergebnis. So wollte Hessel[221] das Ergebnis "durchaus anerkennen", war indessen durch die Begründung "etwas unangenehm berührt". Rüthers[222] fand, das Urteil sei "im Ergebnis zweifelhaft, in der Begründung abzulehnen".

aa) Die Kritiker des BAG

Besonderer Kritik war die Auffassung des BAG ausgesetzt, der Wortlaut des § 10 Abs. 1 lit. a MuSchG 1952 schließe keineswegs eine Lohnfortzahlung im gegebenen Fall aus, sondern es spreche gerade eine gewisse Vermutung dafür, daß der Gesetzgeber bei der Regelung die Möglichkeit des bloßen Wechsels der Entlohnungsart übersehen habe. Demgegenüber wurde, so Hessel,[223] der nach der richtigen Auslegungsmethode an erster Stelle zu berücksichtigende Wortlaut des Gesetzes als "eindeutig klar" bezeichnet, so daß ein Raum für die Auslegung überhaupt nicht mehr bestehe. Auch Rüthers[224] vermochte die vom BAG angeführten Zweifel an der Eindeutigkeit des § 10 Abs. 1 lit. a MuSchG 1952 nicht zu teilen. Insbesondere genüge dann "bei einer in sich eindeutigen Vorschrift"[225] nicht die bloße Vermutung des Richters, der Gesetzgeber habe etwas übersehen, um die Wertung des Gesetzes im Wege der Auslegung "zu beseitigen".[226]

---

221 BB 1964, 226

222 Anm. zu BAG vom 9.8.1963, SAE 1964, 50

223 BB 1964, 227

224 Rütners, Anm. zu BAG vom 9.8.1963, SAE 1964, 51

225 Wie Anm. vorher

226 Rüthers, a.a.O., S. 52

Daß ein derartiges Vorgehen "zu nahezu beliebigen Korrekturen des Richters am Gesetzesinhalt"[226a] führen kann und daher unzulässig ist, muß zugegeben werden. Nur wenn nach sorgfältiger Interpretation der Norm eine Lücke nicht bloß vermutet, sondern eindeutig festgestellt werden kann, ist eine Ausfüllung im Wege der ergänzenden Rechtsfortbildung zulässig.

Wenn jedoch der Senat im späteren Teil der Begründung der Aufzählung des § 10 Abs. 1 lit. a MuSchG 1952 nur beispielhaften, nicht aber abschließenden Charakter beimaß, so erhellt daraus, daß er bei seiner Auffassung nicht nur von der Vermutung, sondern von dem tatsächlichen Vorhandensein einer Lücke bei der gesetzlichen Regelung des Mutterschutzlohnes ausging und sich daher im Rahmen einer methodisch zulässigen, rein ergänzenden Auslegung bewegte.[227]

Die Vertreter der Auffassung, § 10 Abs. 1 lit. a MuSchG 1952 sei als ein unzweideutiges Gebot gefaßt, wendeten sich weiterhin - von ihrem Ausgangspunkt her nur konsequent - gegen die Heranziehung der Sozialstaatsklausel durch das BAG bei der ergänzenden Auslegung, da § 10 Abs. 1 lit. a MuSchG 1952 einer derartigen Ergänzung eben nicht fähig sei.[228] Selbst wenn man indes die vom BAG angenommene Gesetzeslücke als vorhanden unterstelle, müsse ein derartiges Vorgehen Zweifel hervorrufen. Vor allem könne man der sehr komplexen Sozialstaatsklausel wohl kaum die "lapidare Auslegungsfaustregel: Im Zweifel zugunsten der Arbeitnehmerin" entnehmen.[229] Eine dermaßen generell einseitige Auslegungsregel widerspreche eindeutig der auch im Mutterschutzrecht anzutreffenden differenzierten Wer-

---

226a Wie Anm. vorher

227 Vgl. Hoyer, Diss., S. 134; Wlotzke, BABl. 1964, 315

228 Rüthers, a.a.O., S. 52

229 Wie Anm. vorher

tung der jeweiligen Interessen durch das Gesetz.[230]

Während einerseits als Folge dieser Kritik auch das vom BAG erzielte Ergebnis abgelehnt wurde,[231] wurde andererseits der Versuch unternommen, die dennoch als befriedigend empfundene Lösung des Senats über eine entsprechende Anwendung der §§ 3 Abs. 1 und 4 Abs. 2 lit. h MuSchG 1952 zu erreichen.[232]

bb) Die Befürworter des BAG

Nachdem sich das BAG in der Entscheidung vom 9.8.1963 bereits ausdrücklich auf Gerischer[233] berufen hatte,[234] sind auch die meisten Vertreter der Rechtslehre diesem Urteil gefolgt.[235]

Zwar wandte sich Bulla[236] gleichfalls gegen die Auffassung des BAG, schon bei der bloßen Vermutung einer Gesetzeslücke zum Mittel der ergänzenden Auslegung greifen zu können, doch wurde bereits oben[237] dargelegt, daß das BAG methodisch nicht nur von einer bloß vermuteten, sondern von einer tatsächlich bestehenden Lücke im § 10 Abs. 1 lit. a MuSchG 1952 ausging.

---

230 Vgl. Hueck/Nipperdey, ArbR Bd. I, S. 27, wo die "Neigung" zur generellen Begünstigung des Arbeitnehmers, die sich allein auf dessen besondere Schutzwürdigkeit beruft, gerade für die Rspr. zum Arbeitsrecht entschieden abgelehnt wird.

231 Füthers, a.a.O., S. 50, 53

232 Hessel, BB 1964, 1127

233 AuR 1962, 336

234 Allerdings in einer das Urteil nicht unmittelbar tragenden Passage der Begründung

235 Bulla, Anm. zu BAG vom 9.8.1963, AR-Blattei D, Mutterschutz, Entscheidungen Nr. 24; derselbe, ArbRdG 1964, S. 71; Gamillscheg, Anm. zu BAG vom 9.8.1963, AP Nr. 3 zu § 10 MuSchG; Wlotzke, BArbl. 1964, 314

236 Anm. zu BAG vom 9.8.1963, AR-Blattei D, Mutterschutz Entscheidungen Nr. 24, unter I 2, 3

237 S. 76

Wie Rüthers[238] äußerte Bulla ferner Bedenken gegen die "Günstigkeitsrechtsprechung"[239] des BAG, aber er unterstützte aufgrund einer umfassenden Betrachtung der §§ 10 Abs. 1 lit. a und 3 Abs. 1 MuSchG 1952 mit einem argumentum a maiore ad minus[240] die Ansicht des Gerichts, der werdenden Mutter stehe in dem hier genannten Fall der Mutterschutzlohn zu.

In anderer Stelle[241] wies er darauf hin, der Anspruch der Schwangeren auf Mutterschutzlohn bei der durch ein individuelles Beschäftigungsverbot bedingten Umsetzung von Akkord- auf Zeitlohn ergebe sich aus der "mutterschutzrechtlichen Gesamtkonzeption"[242] des Entgeltschutzes. Bei der Ermittlung dieser Gesamtkonzeption und zur Schließung der dabei festgestellten "Lücke im Wortlaut des Gesetzes"[243] [244] könne der Sozialstaatsgrundsatz als Auslegungshilfe gute Dienste leisten.

Eine Lücke in der gesetzlichen Regelung nahm ebenfalls Camillscheg[245] an, der in dem § 10 Abs. 1 lit. a MuSchG 1952 auch eine nur beispielhafte und daher nicht abschließende Aufzählung erblickte. Darüber hinaus fand er gerade im Bereich dieser Rechtsfrage erneut die Unfähigkeit der klassischen Methoden der Rechtsfindung bestätigt, aus dem Wortlaut der Norm selbst zweifelsfreie Ergebnisse zu er-

---

238 SAE 1964, 52

239 Anm. zu BAG vom 9.8.1963, AP-Blatt: D, Mutterschutz, Entscheidungen Nr. 24, Blatt I 4

240 Daraus wird übrigens ersichtlich, daß auch Bulla von dem Bestehen einer Lücke in der gesetzlichen Regelung ausgeht, denn das ist unbedingte Voraussetzung eines derartigen methodischen Vorgehens; vgl. Meyer, Diss., S. 135; Larenz, Methodenlehre, S. 367 f.

241 ArbRdG 1964, S. 71

242 Wie Anm. vorher

243 ArbRdG 1964, S. 71

244 Hierdurch legte Bulla expressis verbis den oben (Anm. 240) im Wege einer methodischen Analyse festgestellten gedanklichen Ausgangspunkt seiner Auffassung dar.

245 Anm. zu BAG vom 9.8.1963, AP Nr. 3 zu § 10 MuSchG

zielen. "Taugliche Richtschnur"[246] für eine Auslegung müsse, insoweit sei dem BAG voll zuzustimmen, in solchen Fällen der an den Wertungen der Verfassung, also insbesondere an der Forderung nach lückenlosem Mutterschutz, ausgerichtete Zweck des Gesetzes sein. Demgegenüber trete die formale Argumentation in den Hintergrund.

cc) Analysierende Betrachtung der Literaturauffassungen

Unter Modifizierung der im Anschluß an das Urteil des BAG vom 24.6.1960[247] von der Rechtslehre überwiegend angeführten Überlegungen, die in Art. 6 Abs. 4 GG enthaltene Kostenlastverteilung stehe einer Erweiterung der mutterschutzrechtlichen Lohnausfallerstattung des einzelnen Arbeitgebers entgegen, wurde also - parallel zu der in der Rechtsprechung zu beobachtenden Tendenz - auch in der allgemeinen Diskussion verstärkt auf die dem Gebot des Sozialstaatsgedankens zu entnehmende Notwendigkeit eines lückenlosen Mutterschutzes abgestellt, was dann für die Schwangeren und Wöchnerinnen im Einzelfallergebnis eine spürbare Verbesserung ihrer wirtschaftlichen Lage bedeutete.

Diese veränderte Betrachtungsweise resultierte schließlich nicht zuletzt auch daraus, daß sich die Auseinandersetzung über diese Fragen allmählich von der zu sehr im Formalen verhafteten, ausschließlichen und isolierten Betrachtung der Einzelnorm zu entfernen begann und mehr den Gesamtzusammenhang der gesetzlichen Regelung, hier also den Sinn und Zweck des gesetzlichen Mutterschutzes, berücksichtigte. Von daher aber war die überragende Bedeutung der grundgesetzlichen Sozialstaatsklausel unmittelbar einsichtig.

---

246 Gamillscheg, a.a.O.

247 AP Nr. 1 zu § 8 MuSchG

3. Kapitel: Die Regelung im MuSchG 1968

Die gesetzliche Entgeltsicherung für die erwerbstätigen werdenden Mütter ist durch das ÄndG 1965[248] und das FinanzändG 1967[249] gegenüber dem vormaligen Rechtszustand entscheidend verbessert worden. Bei der Verteilung der daraus entstehenden materiellen Belastung ist der Gesetzgeber allerdings weiterhin dem Grundprinzip der bisherigen Regelung des MuSchG 1952 gefolgt. Die Gewährung der Fürsorge auf dem Gebiet des Mutterschutzes ist nach wie vor nur zu einem Teil als Gemeinlast ausgestaltet, so daß im verbleibenden Bereich für den einzelnen betroffenen Arbeitgeber die Verpflichtung zur Leistung gegenüber den werdenden Müttern und Wöchnerinnen in der Form der individuellen Soziallast bestehen bleibt. Die gesetzliche Regelung hat nach einem wechselvollen Werdegang, während dessen Verlauf in erster Linie immer wieder das Inkrafttreten jener Änderungen des Mutterschutzrechts hinausgeschoben wurde, aus deren sich eine finanzielle Belastung des Bundes ergab,[250] durch das MuSchG 1968 die nun zu schildernde Ausgestaltung erfahren.

I Die Entgeltsicherung während der Schutzfristen

1) Das Mutterschaftsgeld

Unabhängig von der Mitgliedschaft in der gesetzlichen Krankenversicherung haben jetzt alle Frauen, die vom MuSchG 1968 erfaßt werden, während der Zeit der ihnen vor und nach der Entbindung zustehenden Schutzfristen einen Anspruch gegen die zuständige Krankenkasse auf Gewährung des Mutterschaftsgeldes.[251] Für die in der ge-

---

248 BGBl. I S. 68

249 BGBl. I S. 1259

250 Vgl. dazu im einzelnen Bulla/Buchwald, Einl. Anm. 15; Fischwasser, BABl. 1968, 82 ff.

251 Die im MuSchG 1952 noch verwendete Bezeichnung "Wochengeld" wurde in Angleichung an den allgemeinen Sprachgebrauch durch diesen neuen Begriff ersetzt.

setzlichen Krankenversicherung entweder freiwillig oder pflichtversicherten Frauen ergibt sich das aus den §§ 13 Abs. 1 MuSchG 1968, 200 ff. RVO. Der § 13 Abs. 1 MuSchG 1968 enthält dabei nur eine deklaratorische Verweisung auf die eigentlichen Anspruchsnormen der RVO.[252] Für diesen Personenkreis trägt der Entgeltschutz daher keinen eigentlich mutterschutzrechtlichen Charakter mehr. Er beruht vielmehr auf rein sozialversicherungsrechtlichen Regelungen.[253]

Für die Frauen, die dagegen nicht in der gesetzlichen Krankenversicherung versichert sind und denen gem. § 12 MuSchG 1952 während der Schutzfristen bisher der Arbeitgeber das Arbeitsentgelt weiterzuzahlen hatte, gibt nun § 13 Abs. 2 MuSchG 1968 die eigenständige mutterschutzrechtliche Anspruchsgrundlage auf Zahlung des Mutterschaftsgeldes gegen die Krankenkasse.[254] [255] [256]
Gem. § 200 Abs. 1 RVO ist in beiden Fällen, also sowohl für die versicherte wie auch für die nichtversicherte Schwangere, Voraussetzung, daß sie bei Beginn der Schutzfrist vor der Entbindung in einem Arbeitsverhältnis oder in Heimarbeit beschäftigt oder ihr Arbeitsverhältnis während der Schwangerschaft zulässig aufgelöst worden ist. Ferner muß in der Zeit zwischen dem zehnten und dem vierten Monat vor der Entbindung, wobei diese Monate jeweils mitzuzählen sind, für versicherte Frauen mindestens 12 Wochen hindurch Versicherungspflicht oder ein Arbeitsverhältnis bestanden haben. Bei nichtversicherten Frauen reicht dagegen das bloße Bestehen eines Arbeitsverhältnisses für mindestens 12 Wochen in dieser Zeit. Das ist

---

252 Leube, DB 1968, 132; Preis, RuP 1972, 43 Fußnote 5

253 Bulla/Hackbeil, § 13 Anm. 3

254 Bulla/Hackbeil, § 13 Anm. 4; Leube, DB 1968, 132; Preis, RuP 1972, 43 Fußnote 5

255 Auf die den §§ 196 ff. RVO zu entnehmende Ausgestaltung der weiteren sozialrechtlichen Ansprüche braucht hier nicht näher eingegangen zu werden; vgl. dazu etwa Brackmann, S. 414 w ff.; Fischwasser, BKK 1968, Sp. 135 ff.

256 Da nunmehr die Mutterschaftshilfe für alle Frauen einheitlich in § 200 RVO bzw. § 13 Abs. 2 MuSchG 1968 geregelt ist, konnte die Vorschrift des § 11 Abs. 1 MuSchG 1952 gestrichen werden.

eine Folge der durch § 13 Abs. 2 Satz 3 MuSchG 1968 bestimmten entsprechenden Anwendung des § 200 Abs. 1 Satz 2 RVO.[257]

Die Regelung über den Bezug von Mutterschaftsgeld ist damit für die in der gesetzlichen Krankenversicherung versicherten und die nichtversicherten Frauen weitgehend angeglichen. Beide Male erfolgt die Auszahlung durch die Krankenkasse, bei den versicherten Frauen durch die Kasse, deren Mitglied sie sind, bei den nichtversicherten Frauen durch die Orts- oder Landkrankenkasse ihres Wohnorts, § 13 Abs. 2 Satz 2 MuSchG 1968.

Unterschiede bestehen indes weiterhin bei der Erstattung der von den Krankenkassen dafür gemachten Aufwendungen durch den Bund. Während der Bund die Aufwendungen für das Mutterschaftsgeld der versicherten Frauen nur teilweise erstattet (§ 200d Abs. 1 RVO), bekommen die Krankenkassen die Aufwendungen für Mutterschaftsleistungen an nichtversicherte Arbeitnehmerinnen in vollem Umfang ersetzt, § 12 Abs. 2 Satz 3 MuSchG 1968.[258]

2) Der Zuschuß des Arbeitgebers zum Mutterschaftsgeld gem. § 14 MuSchG 1968

Das den Frauen durch die Krankenkasse zu gewährende Mutterschaftsgeld ist durch § 200 Abs. 2 Satz 2 RVO auf einen Höchstbetrag von 25 DM pro Kalendertag beschränkt. Diese Festlegung einer Obergrenze soll die Krankenkasse vor übermäßigen Belastungen aufgrund der Mutterschaftsverpflichtungen schützen. Das schien erforderlich, da die negative Entwicklung der Bundesfinanzen die ursprünglich beabsichtigte, volle Erstattungspflicht des Bundes gegenüber den Kassen für Mutterschaftsgeldzahlungen an

---

257 Leube, DB 1968, 432; Smarzlik, DB 1968, 430

258 Zur finanziellen Belastung der Krankenkassen durch das Mutterschaftsgeld siehe etwa die Angaben in BT-Drucks. VI/2477

versicherte Frauen scheitern ließ, und nunmehr nur noch eine Erstattung von 400 DM für jeden Leistungsfall erfolgen konnte, § 200d Abs. 1 RVO.[259]

Demgegenüber soll durch den gesetzlichen Entgeltschutz gerade die wirtschaftliche Versorgung der werdenden Mutter und Wöchnerin für die Zeiten der schwangerschaftsbedingten Nichtbeschäftigung sichergestellt und somit jeder Anreiz zur möglicherweise schädlichen Weiterarbeit genommen werden. Dieses Ziel ist aber nur erreichbar, wenn die Frau auch während der Schutzfristen finanziell genauso gestellt wird, wie sie bis dahin gestanden hat. Erst dann ist sie in der Lage, ihren bisherigen Lebensstandard aufrechtzuerhalten. Es darf daher für die Zeit des Bezuges von Mutterschaftsgeld keine Verringerung der ihr zur Verfügung stehenden Mittel eintreten.

Unter diesem Gesichtspunkt ist die neue Vorschrift des § 14 MuSchG 1968 zu sehen. Nach ihr haben die mutterschaftsgeldberechtigten Arbeitnehmerinnen, die durchschnittlich kalendertäglich über 25 DM und damit mehr als den Höchstbetrag des Mutterschaftsgeldes verdienen, für die Zeit des Beschäftigungsverbots während der generellen Schutzfristen vor und nach der Entbindung Anspruch auf einen Zuschuß zum Mutterschaftsgeld in Höhe des Differenzbetrages zwischen dem Höchstbetrag des Mutterschaftsgeldes und ihrem bisherigen Arbeitsverdienst.[260]

---

259 Vgl. Bulla/Buchwald § 13 Anm. 13, § 14 Anm. 14; allgemein dazu Fischwasser, AuL 1968, 82; derselbe, KK 1968, Sp. 135, jeweils m. w. N. über die dadurch entstandene finanzielle Entlastung des Bundes.

260 Zur Berechnung vgl. § 14 Abs. 1 MuSchG 1968 sowie ausführlich Bulla/Buchwald, § 14 Anm. 75 - 77; Röhinger/Thomas, § 13 Anm. 13 - 17, 19, § 14 Anm. 4 a, c; Hessel, MuSchG 1968, Erlg. zu § 13 S. 94, Erlg. zu § 14 S. 101; Leube, DB 1968, 133; derselbe, DB 1968, 219 ff.; Zmarzlik DB 1968, 131

Der Anspruch richtet sich im Regelfall gegen den Arbeitgeber, § 14 Abs. 1 Satz 1 MuSchG 1968. Ist dagegen das Arbeitsverhältnis einer unter Mutterschutz stehenden Frau vor oder auch während der generellen Schutzfristen durch den Arbeitgeber zulässig aufgelöst worden, so hat die für die Zahlung des Mutterschaftsgeldes zuständige Krankenkasse[261] überdies den Zuschuß zu gewähren, § 14 Abs. 2 MuSchG 1968. Sie erhält jedoch die dadurch entstandenen Kosten in voller Höhe vom Bund erstattet.

3) Vergleich mit der Regelung im MuSchG 1952

Für die erwerbstätige Frau war auch bereits unter der Geltung des MuSchG 1952 in der Zeit der Schutzfristen vor und nach der Entbindung ein umfassender Entgeltschutz gegeben. Hier hat das MuSchG 1968 keine Veränderungen gebracht.

Gewisse Abweichungen sind dagegen aufgrund des neuen Rechts im Bereich der Lastenverteilung eingetreten. So ist für die Arbeitgeber die Verpflichtung entfallen, den nicht in der gesetzlichen Krankenversicherung pflichtversicherten Frauen während der Schutzfristen das volle Arbeitsentgelt weiterzuzahlen (§ 12 Abs. 1 MuSchG 1952), da diese Frauen jetzt unter den Voraussetzungen des § 13 Abs. 2 MuSchG 1968 während der Schutzfristen gleichfalls Mutterschaftsgeld von der Krankenkasse - letztlich jedoch zu Lasten des Bundes - erhalten.

Stärker belastet als früher wird der einzelne Arbeitgeber durch die aus § 14 MuSchG 1968 hervorgehende Pflicht zur Gewährung des entsprechenden Zuschusses zum Mutterschaftsgeld.[262]

---

261 Siehe § 13 Abs. 2 MuSchG 1968

262 Dazu sehr kritisch Do, rbGeb 1968, 6 f.

Diese Unterschiede sollen hier festgehalten werden, da, wie bereits festgestellt werden konnte, gerade den Überlegungen zur Kostenverteilung durchgehend eine erhebliche Bedeutung für die Diskussion im Bereich des gesetzlichen Mutterschutzes zukommt.

II Die Sonderunterstützung für die im Familienhaushalt beschäftigten Frauen, § 12 MuSchG 1968

Wie schon das MuSchG 1952 mit seinem § 11 enthält auch das MuSchG 1968 in dem § 12 eine Regelung, nach der die im Familienhaushalt tätigen Arbeitnehmerinnen, deren Arbeitsverhältnis vom Arbeitgeber nach Ablauf des fünften Monats der Schwangerschaft durch Kündigung rechtswirksam aufgelöst wurde, von eben diesem Zeitpunkt an bis zum Einsetzen der Leistungen des Mutterschaftsgeldes eine Sonderunterstützung bekommen. In Übereinstimmung mit der durch § 9 Abs. 1 Satz 2 MuSchG 1968 erfolgten Erweiterung des von dem weitgehenden Kündigungsverbot des § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG 1968 ausgenommenen Personenkreises, der jetzt nicht mehr nur die Hausgehilfinnen und Tagesmädchen,[263] sondern alle Frauen erfaßt, die von dem die Kündigung aussprechenden Arbeitgeber im Familienhaushalt mit hauswirtschaftlichen, erzieherischen oder pflegerischen Arbeiten in einer ihre Arbeitskraft voll in Anspruch nehmenden Weise beschäftigt werden, ist auch der Kreis der Anspruchsberechtigten in § 12 MuSchG 1968 entsprechend vergrößert worden.

Neben der in § 12 Abs. 1 Satz 2 - 5 nunmehr eindeutig erfolgten Festlegung der Grundsätze, nach denen sich die

---

63 So noch § 9 Abs. 1 Satz 2 MuSchG 1952

Sonderunterstützung richtet[264] und die zugleich mehrere unter dem bisherigen Recht noch offen gewesene Fragen endgültig klären, ist als weitere Verbesserung die Anhebung des kalendertäglichen Mindestbetrages der Sonderunterstützung von 3 DM auf 3,50 DM festzuhalten.

Wie bisher (§ 14 Satz 1 MuSchG 1952) werden die Kosten für die Sonderunterstützung weiterhin in voller Höhe auf den Bund überlagert, § 12 Abs. 1, 3 MuSchG 1968 i.V. mit § 200d RVO.

III Die Entgeltsicherung bei individuellen und generellen Beschäftigungsverboten außerhalb der Schutzfristen

1) Die gesetzliche Regelung

Muß die werdende Mutter oder Wöchnerin außerhalb der allgemeinen Schutzfristen der §§ 3 Abs. 2, 6 Abs. 1 Satz 1 und 2 MuSchG 1968 aufgrund der im Mutterschutzrecht enthaltenen Beschäftigungsverbote ganz oder teilweise mit der Arbeit aussetzen, eine andere Arbeit übernehmen oder kann sie die bisherige Tätigkeit nur in verringertem Umfang weiterführen, so richtet sich ihr Anspruch auf Mutterschutzlohn nach § 11 MuSchG 1968.

Gemäß dieser Norm hat der Arbeitgeber den Schwangeren und Wöchnerinnen jeden Verdienstausfall zu ersetzen, den sie wegen eines (individuellen) Beschäftigungsverbots nach §§ 3 Abs. 1, 6 Abs. 2 MuSchG 1968 oder eines (generellen) Beschäftigungsverbots nach §§ 4, 6 Abs. 3 MuSchG 1968 oder wegen des Verbots von Mehr-, Nacht-, Sonn- oder Feiertagsarbeit (§ 8 Abs. 1, 3 oder 5 MuSchG 1968) dadurch erleiden,

---

264 Diese sind weitgehend an die Berechnung des Mutterschaftsgeldes angeglichen; vgl. § 13 Abs. 1 MuSchG 1968 und den insoweit mit dem § 12 Abs. 1 Satz 2, und 5 MuSchG 1968 wörtlich übereinstimmenden § 200 Abs. 1 Satz 1, 3 und 4 RVO. Dadurch entfällt vor allem die Umrechnung bei Beginn des Mutterschaftsgeldes.

daß sie mit der Arbeit teilweise oder völlig aussetzen müssen. Der gleiche Anspruch steht ihnen nach § 11 Abs. 1 Satz 2 MuSchG 1968 auch dann zu, wenn wegen der genannten Verbote die Beschäftigung sich ändert oder die Entlohnungsart wechselt.

In diesen Fällen muß der Arbeitgeber mindestens den Durchschnittsverdienst der letzten 3 Monate vor Beginn des Monats, in dem die Schwangerschaft eingetreten ist, weitergewähren.[265]

Neben dem bereits im MuSchG 1952 enthalten gewesenen § 7 Abs. 2 MuSchG 1968, wonach durch die Gewährung von Stillzeiten ein Verdienstausfall nicht eintreten darf, besagt zudem der neu aufgenommene § 16 MuSchG 1968, daß der Arbeitgeber der Frau Freizeit zur Durchführung der Untersuchungen im Rahmen der Mutterschaftshilfe zu gewähren hat und dadurch ein Entgeltausfall gleichfalls nicht eintreten darf.

2) Vergleich mit der Regelung im MuSchG 1952

a) Die Verbesserung der Entgeltsicherung durch § 11 Abs. 1 MuSchG 1968

Der Gesetzgeber hat mit dem § 11 Abs. 1 MuSchG 1968 die unter der Geltung des MuSchG 1952 für die Weitergewährung des Mutterschutzlohnes aufgetauchten Fragen[266] ausnahmslos zugunsten der Schwangeren und Wöchnerinnen beantwortet.[267] Auch beim Verbot der Beschäftigung mit Mehr-, Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit, beim völligen Aussetzen mit der Tätigkeit aufgrund eines individuellen Beschäftigungsverbots und bei dem durch ein ärztliches Attest bedingten Wechsel der Entlohnungsart trifft den Arbeitgeber die Verpflichtung, den bisherigen Durch-

---

265 Zu den Einzelheiten der Berechnung siehe § 11 Abs. 1 Satz 3 - 5 und Abs. 2 MuSchG 1968

266 Vgl. oben S. 54

267 Gamillscheg, JcP 167, S. 476

schnittsverdienst an die Arbeitnehmerin fortzuzahlen.

Damit ist der § 11 Abs. 1 MuSchG 1968 deutlich erkennbarer Ausdruck der gesetzgeberischen Intention, die Bestimmungen über die finanzielle Sicherung der erwerbstätigen werdenden Mütter und Wöchnerinnen im Sinne eines umfassenden Entgeltschutzes weiter auszubauen.[268]

b) Die Regelung des § 11 Abs. 3 MuSchG 1968

Übernommen wurde indes mit dem § 11 Abs. 3 MuSchG 1968 eine dem § 10 Abs. 2 MuSchG 1952 inhaltlich entsprechende Vorschrift. Laut § 11 Abs. 3 MuSchG 1968 haben Frauen, die als Arbeitnehmerinnen nicht dauernd von demselben Arbeitgeber im Familienhaushalt mit hauswirtschaftlichen Arbeiten in einer ihre Arbeitskraft voll in Anspruch nehmenden Weise beschäftigt werden, keinen Anspruch gegen ihren Arbeitgeber auf Erstattung des Entgeltausfalls, der sich für sie aus der Befolgung eines Beschäftigungsverbots ergibt.[269]

Trotz des gegenüber dem § 10 Abs. 2 MuSchG 1952 geänderten Wortlauts ist - anders als etwa in den §§ 9, 12 MuSchG 1968 - auch der persönliche Geltungsbereich der Ausnahmevorschrift der gleiche geblieben.[270] Die Nichterwähnung der Hausgehilfinnen und Tagesmädchen in § 11 Abs. 3 MuSchG 1968 ist ausschließlich eine Folge der Streichung des § 2 MuSchG 1952 mit seinen Begriffsbestimmungen.

Die Regelung der Entgeltausfallerstattung in § 11 Abs. 3 MuSchG 1968 ist besonders für die große Zahl der nur teilzeitbeschäftigten Frauen wenig befriedigend. Nach ihr haben hauswirtschaftlich im Familienhaushalt tätige Frauen in folgenden Fällen trotz Eingreifens eines mutterschutz-

---

268 Preis, uR 1972, 43

269 Zu den Gründen, die den Gesetzgeber dabei bestimmt haben, vgl. Bulla/Hackbeil, vor § 11 Anm. 5, § 11 Anm. 67

270 Welzel, ABl. Fachteil ArbSch 1965, 144; derselbe, DB 1965, 1444, Zmarzlik, BB 1965, 1074

rechtlichen Beschäftigungsverbots keinen Anspruch auf Mutterschutzlohn.

(1) Wenn sie durch die Tätigkeit bei einem Arbeitgeber nicht voll ausgelastet sind.

Nach Ansicht des Bundesministers für Arbeit[271] gelten jedenfalls Frauen, die täglich weniger als 5 oder wöchentlich unter 25 Stunden tätig sind, nicht mehr als "in einer ihre Arbeitskraft voll in Anspruch nehmenden Weise beschäftigt".[272] Die überwiegende Zahl der nur teilzeitbeschäftigten Putz- und Küchenhilfen kann daher keinen Mutterschutzlohn von ihrem Arbeitgeber verlangen.

(2) Wenn sie zwar tatsächlich durch ihre Arbeit voll in Anspruch genommen werden, dieses jedoch durch mehrere Arbeitsverhältnisse bei verschiedenen Arbeitgebern geschieht. Auch die Frau, die jeden Tag bei 2 Familien jeweils 4 Stunden Putzarbeit im Haushalt verrichtet, kann sich für eine Forderung nach Entgeltausfallerstattung nicht auf § 11 Abs. 1 MuSchG 1968 stützen. Sie ist damit gegenüber einer schwangeren Kollegin, die täglich 8 Stunden in einem Haushalt arbeitet, schlechter gestellt, obgleich sie sich im Hinblick auf die körperliche Beanspruchung und das eventuelle "Abhängigsein" von der Weiterzahlung des Lohnes in genau derselben Situation befindet wie diese.

(3) Endlich besteht gem. § 11 Abs. 3 MuSchG 1968 ebenso keine Mutterschutzlohnverpflichtung des Arbeitgebers gegenüber einer Frau, die er weder auf unbefristete noch auf länger befristete Zeit, also nicht "dauernd" beschäftigt. Hier können zur Verdeutlichung die hauswirtschaftlichen Aushilfskräfte angeführt werden, die beispielsweise 14 Tage lang für eine erkrankte Hausfrau ein-

---

271 Auskunft vom 28.8.1952, BABl. 1952, 502 f.

272 Vgl. auch Bescheid des BAM vom 6.8.1968, DOK 1968, 616; vom 3.6.1969, DOK 1969, 357; vom 20.6.1969, ErsK 1969, 357; ferner LAG Hamburg vom 11.11.1952, BB 1953, 175; Bulla/Hackbeil, § 9 Anm. 14m; Schmatz/Zmarzlik, § 9 Anm. 21

springen.

IV Das MuSchG 1968 und die Forderung nach lückenloser Entgeltsicherung

In der Literatur fanden die hier dargestellten, teilweise für die betroffenen Arbeitnehmerinnen recht schwerwiegenden Folgen des § 11 Abs. 3 MuSchG 1968 indes kaum[273] Beachtung. Unter Hinweis auf die im übrigen durch § 11 Abs. 1 MuSchG 1968 erfolgte Erweiterung der Entgeltsicherung wurde vielmehr die Auffassung vertreten, der Schutz sei derart umfänglich, daß ein Ausfall oder eine Minderung des Arbeitseinkommens "praktisch gänzlich vermieden"[274] werde. Jetzt sei der "lückenlose"[275] oder doch zumindest ein "nahezu lückenloser"[276] Entgeltschutz auch für die Zeit bis zum Beginn und nach Ablauf der Schutzfristen erreicht.

Trifft diese Behauptung zu und kann sich demnach für die erwerbstätige Frau während der Schwangerschaft und unmittelbar im Anschluß an die Entbindung aus ihrer speziellen Situation entweder gar keine oder eine, unter dem Aspekt der Erhaltung des Lebensstandards, allenfalls unbedeutende Schmälerung ihres Arbeitseinkommens ergeben, so würde das MuSchG 1968 in diesem Bereich nicht nur "einen erheblichen Fortschritt auf dem Wege zur Erfüllung der Verpflichtung unseres Gemeinwesens auf die Grundsätze des sozialen Rechtsstaats"[277] bedeuten, sondern der Gesetzgeber hätte insoweit das Ziel dieses Weges bereits erreicht.

---

273 Auf sie hat allerdings Seiter, S. 53 f., nachdrücklich aufmerksam gemacht.

274 Bulla/Hackbeil, vor § 11 Anm. 1

275 Hoyer, Diss., S. 136

276 Bulla/Hackbeil, § 11 Anm. 10 m.w.N.; vgl. auch die Nachweise bei Preis, AuR 1972, 43 Fußnote 8. Meisel, DB 1966, 860, meint, nunmehr seien "die bisher bestehenden Lücken in den Leistungsverpflichtungen des Arbeitgebers geschlossen worden".

277 Gamillscheg, RdA 1968, 117

Die Ansicht, durch das MuSchG 1968 werde der lückenlose Entgeltschutz verwirklicht, mag wohl in Übereinstimmung mit den Absichten des Gesetzgebers stehen.[278] Für eine derartige Annahme spricht insbesondere jene Passage der amtlichen Begründung,[279] wonach die Neufassung des § 10[280] sicherstellt, "daß der Frau in Zukunft jeder[281] Verdienstausfall vom Arbeitgeber ersetzt wird, den sie bis zum Beginn der Schutzfrist vor der Entbindung wegen eines Beschäftigungsverbots nach § 3 Abs. 1, §§ 4, 6 Abs. 2 und 3 oder wegen des Mehr-, Nacht- oder Sonntagsarbeitsverbots nach § 8 Abs. 1 oder 3 dadurch erleidet, daß sie mit der Arbeit teilweise oder völlig aussetzen muß oder daß die Beschäftigungs- oder Entlohnungsart infolge der Beschäftigungsverbote wechselt."

Diese Einzelaussage läßt dann den weiterführenden Schluß zu, den Leitgedanken des Gesetzes darin zu sehen, "daß der werdenden Mutter der Lohn unter allen Umständen erhalten bleiben soll".[282] Ein derartiger Leitgedanke vermag aber nur dann in der Praxis seine uneingeschränkte Verwirklichung finden, wenn sich auch Rspr. und Literatur an ihm orientieren und die vom Gesetz nicht unmittelbar geregelten Einzelfragen unter diesem Gesichtspunkt beantworten.

---

278 Preis, AuR 1972, 43. Dabei ist allerdings zu beachten, daß eine solche Aussage hinsichtlich des im § 11 Abs. 3 MuSchG 1968 genannten und durch diese Vorschrift ausdrücklich von der Entgeltausfallerstattung ausgenommenen Personenkreises wohl kaum Geltung beanspruchen kann.

279 Bericht des Ausschusses für Arbeit des BT, BTDrucks. zu IV/3652, S. 6

280 Jetzt § 11 MuSchG 1968

281 Hervorhebung vom Verfasser

282 Gamillscheg, RdA 1968, 118

So darf denn eine Arbeit, die den gesetzlichen Mutterschutz an den Forderungen des Sozialstaatsgrundsatzes mißt, nicht bei der Feststellung verharren, der Gesetzgeber habe mit dem MuSchG 1968 im Bereich des Entgeltschutzes diesen Forderungen nachkommen wollen, sondern sie muß unter Heranziehung von Literatur und Rspr. untersuchen, inwieweit eine solche gesetzgeberische Zielsetzung auch in der Rechtswirklichkeit Beachtung und Entsprechung findet.[283]

4. Kapitel: Einzelfragen zur mutterschutzrechtlichen Entgeltsicherung durch das MuSchG 1968

I Die Entgeltsicherung bei schwangerschaftsbedingter Unfähigkeit, den Weg zur Arbeitsstätte zurücklegen zu können; das "Wegerisiko"

Die Frage, ob eine Schwangere Mutterschutzlohn nach § 11 MuSchG 1968 auch dann beanspruchen kann, wenn sie zur Erbringung der geschuldeten Leistung am Arbeitsplatz selbst körperlich durchaus in der Lage ist, ihr der Arzt wegen der Schwangerschaft jedoch die Fahrt von der Wohnung zur Arbeitsstätte untersagt hat, ist umstritten. Sie gewinnt im Arbeitsleben zusehends an Bedeutung, da erwerbstätige Frauen aufgrund der fortschreitenden Eigenmotorisierung heute sehr viel eher Arbeit auch in einer von dem Wohnort weiter entfernten Betriebsstätte annehmen.

---

283 Insbesondere Gamillscheg, AcP 167, S. 471 - 477 durchgehend; derselbe, RdA 1968, 118; derselbe, Festschrift für Molitor, S. 59, hat wiederholt - und gerade auch im Zusammenhang mit dem Mutterschutz - kritisiert, daß die Lehre bei der Entscheidung von Einzelfragen die gesetzgeberischen Intentionen nicht ausreichend berücksichtige.

Nachdem die Untergerichte[284] der werdenden Mutter in diesen Fällen den Mutterschutzlohn zugesprochen hatten, mußte sich schließlich auch das BAG damit befassen.[285] In dem zur Entscheidung vorgelegten Sachverhalt benutzte eine Arbeitnehmerin für ihren täglichen Arbeitsweg einen Linienbus und für die letzte Teilstrecke von der Bushaltestelle bis zum Betrieb einen Werksbus. Einen Monat nachdem sie den Arbeitgeber darüber unterrichtet hatte, daß sie schwanger war, legte sie ihm ein ärztliches Zeugnis mit folgendem Inhalt vor: "Es besteht eine rezidivierende Ischialgie. Wegen der Gefährdung von Mutter und Kind darf Frau M. nicht mehr täglich den Weg von X nach Y (Fa. Z.) fahren."

Daraufhin stellte die Arbeitnehmerin ihre Tätigkeit, die sie im übrigen ohne die Beschwernisse der Omnibusfahrt durchaus hätte fortsetzen können, ein und verlangte vom Arbeitgeber die Weiterzahlung des bisherigen Lohnes nach den §§ 11 Abs. 1, 3 Abs. 1 MuSchG 1968.

1) Die Auffassung des BAG im Urteil vom 7.8.1970

Das BAG verneint den Anspruch auf Mutterschutzlohn mit nachstehenden Erwägungen.

Dem Wortlaut des Gesetzes lasse sich eine eindeutige Antwort auf die hier gestellte Frage nicht entnehmen. Im Zusammenhang damit habe sich auch im Schrifttum keine einhellige Ansicht gebildet, vielmehr werde von einigen Autoren eine Zahlungsverpflichtung des Arbeitgebers mit der Begründung verneint, ein Beschäftigungsverbot i.S. des § 3 Abs. 1 MuSchG 1968 und damit eine Voraussetzung für das Eingreifen des § 11 Abs. 1 MuSchG 1968 liege deshalb nicht vor, weil in § 3 Abs. 1 MuSchG 1968 nur eine solche

---

284 LAG Bayern vom 23.10.1967, DB 1968, 762; LAG Hamm vom 12.9.1969, AuR 1970, 190

285 BAG vom 7.8.1970, AP Nr. 4 zu § 11 MuSchG 1968

Gesundheitsgefährdung gemeint sei, die sich "bei Fortdauer der Beschäftigung" i.S. der Fortsetzung der bisherigen Berufsarbeit ergebe.[286] Andere Schriftsteller bejahten dagegen auch das ärztliche Verbot des Arbeitsweges als ein Beschäftigungsverbot gem. § 3 Abs. 1 MuSchG 1968, denn nur so werde man dem Ziel des neuen Mutterschutzgesetzes, der umfassenden Sicherung der berufstätigen Mutter, gerecht.[287] Dieser letztgenannten Meinung könne hingegen, so das BAG, nicht zugestimmt werden.

Das neue Mutterschutzgesetz wolle zwar die erwerbstätige Mutter in ihrem eigenen Interesse und dem des zu erwartenden Kindes gegen schwangerschaftsbedingte finanzielle Einbußen schützen, doch könne das nicht uneingeschränkt gelten. Insbesondere sei der Arbeitgeber nicht von vornherein verpflichtet, das Wegerisiko zu tragen und damit der Arbeitnehmerin den Lohn auch dann weiterzuzahlen, wenn diese infolge der Schwangerschaft nicht gehindert wäre, an ihrem Arbeitsplatz zu arbeiten, aber laut ärztlichem Zeugnis nicht den Weg zwischen Wohnung und Betrieb zurücklegen dürfe.

Das sei hingegen gar kein spezifisch mutterschutzrechtliches Problem; die Frage des Wegerisikos trete vielmehr bei allen Arbeitnehmern auf. Hier könne man nun keinesfalls davon sprechen, der Arbeitgeber müsse grundsätzlich das Wegerisiko tragen. Einzig und allein im Recht der gesetzlichen Unfallversicherung werde durch die Anerkennung des Wegeunfalls als Arbeitsunfall (§ 550 RVO) das Wegerisiko dem Arbeitgeber auferlegt. Selbst das geschähe jedoch nur in der mittelbaren Form, daß für die Folgen eines derartigen Unfalls dann die Berufsgenossenschaft aufzukommen habe, die ausschließlich durch die Beiträge der Arbeitgeber zur Unfallversicherung finanziert werde.

---

286 Vgl. die Nachweise in BAG, a.a.O., unter II 2 a der Gründe

287 Vgl. die Nachweise in BAG, a.a.O., unter II 2 b der Gründe

Im übrigen, das BAG erwähnt als ausdrückliche gesetzliche Regelungen § 2 AZO und § 4 JArbSchG, trage das Risiko, überhaupt zur Arbeitsstätte gelangen zu können, der Arbeitnehmer.

Für den Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung und der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall gelte gleichfalls: der Arbeiter, der durch eine Krankheit wohl von der Zurücklegung des Arbeitsweges, nicht dagegen von der Arbeitsleistung selbst abgehalten werde, könne infolge fehlender Arbeitsunfähigkeit weder einen Anspruch auf Krankengeld geltend machen (§ 182 Abs. 1 Nr. 2 RVO) noch müsse ihm der Arbeitgeber für 6 Wochen den Lohn gem. § 1 Abs. 1 LFG fortzahlen.

Um für den Bereich gerade des Mutterschutzes von dieser allgemeinen Risikoverteilung abzuweichen, gibt es nach dem BAG aber keine sachlichen Anknüpfungspunkte. Ein anderes Vorgehen würde im Gegenteil "einen nicht verständlichen Widerspruch"[288] zu den bereits angesprochenen Fällen herbeiführen und damit Rechtsklarheit und Rechtssicherheit beeinträchtigen.

Auch aus dem Grundrecht der Freizügigkeit (Art. 11 Abs. 1 GG) lasse sich schließlich herleiten, daß dem Arbeitgeber in bezug auf den Arbeitsweg der bei ihm Beschäftigten keine Pflichten auferlegt sein könnten.

In einer abschließenden Beurteilung verkennt der Senat das Unbefriedigende dieses Ergebnisses nicht. Damit müsse in der Tat der gesetzliche Mutterschutz als "unvollkommen"[289] bezeichnet werden. Diese Lücke könne das Gericht jedoch nicht im Wege der Rechtsfortbildung, d.h. durch eine Belastung des Arbeitgebers mit der entsprechenden Lohnzahlungsverpflichtung ausfüllen. Dem stehe nämlich Art. 6 Abs. 4 GG entgegen, wonach die Gemeinschaft und nicht der einzelne Arbeitgeber gegenüber der Mutter für Schutz und Fürsorge aufzukommen habe.

---

288 BAG, a.a.O., unter III 3 der Gründe
289 BAG, a.a.O., unter III 4 der Gründe

Hier sei demnach allein der Gesetzgeber in der Lage, den berufstätigen werdenden Müttern den notwendigen Schutz zu verschaffen. Bis zu dessen Tätigwerden müsse die berufstätige Schwangere das Wegerisiko in gleicher Weise wie die anderen Risiken tragen, die wohl mit dem Arbeitsverhältnis verzahnt seien, ihren eigentlichen Ursprung aber im privaten Bereich hätten.

2) Kritische Betrachtung des Urteils

Konnte sich das BAG bei seiner Entscheidung vom 7.8.1970 noch auf die gleichlautende Auffassung einiger Stimmen der Rechtslehre berufen,[290] so ist das Urteil selbst in der Literatur einhellig angegriffen worden, und zwar sowohl hinsichtlich des Ergebnisses als auch in bezug auf die dieses Ergebnis tragende Argumentation.[291]

Tatsächlich vermag das Urteil weder methodisch noch inhaltlich zu überzeugen.

a) Die methodischen Bedenken

Der Senat stellt zu Beginn der Begründung fest, der Wortlaut des Gesetzes ergebe keinen eindeutigen Aufschluß über die in diesem Rechtsstreit auftauchende Frage. Diese Erkenntnis wird dann am Ende wiederaufgenommen und zu der Behauptung erweitert, es liege hier eine Lücke vor, also ein von den gesetzlichen Normen nicht erfaßter und somit regelungsfreier Raum.

Gerade diese Annahme ist dann aber methodisch nicht in Übereinstimmung zu bringen mit der vorangegangenen Feststellung des Gerichts, der Gesetzgeber des Mutterschutzgesetzes habe der berufstätigen Frau während der Schwangerschaft das Wegerisiko nicht abnehmen wollen.[292] Läßt

290 BAG, a.a.O., unter II 2 a und III der Gründe

291 Hessel, Anm. zu BAG vom 7.8.1970, AuR 1971, 31 f.; Lindacher, FamRZ 1971, 235 ff.; Söllner, Anm. zu BAG vom 7.8.1970, AP Nr. 4 zu § 11 MuSchG 1968

292 So auch Söllner in seiner Anm. zu BAG, a.a.O.

sich nämlich bei der Untersuchung einer Einzelfrage der dafür einschlägige Wille des Gesetzgebers feststellen, so kann daneben für das Vorliegen einer Gesetzeslücke kein Platz mehr sein, denn eine solche Lücke setzt unbedingt das Nichtbestehen einer gesetzgeberischen Entscheidung voraus.[293]

b) Die inhaltlichen Bedenken

Selbst wenn man diesen inneren Widerspruch der Begründung außer acht läßt und dem Senat im Ergebnis bei der wohl zutreffenden[294] Annahme einer echten Regelungslücke folgt, überzeugt auch die weitere Gedankenführung des Gerichts nicht.

Das BAG begründet seine Entscheidung insgesamt mit 3 Argumenten, wobei die beiden letzten sich gegenseitig bedingen.

(1) Das Wegerisiko gehe generell zu Lasten des Arbeitnehmers. Für eine Abweichung von diesem Grundsatz im Bereich des gesetzlichen Mutterschutzes seien keine sachlichen Anknüpfungspunkte ersichtlich.

(2) Der Senat sei durch die Grundentscheidung des Art. 6 Abs. 4 GG daran gehindert, für diesen Fall im Wege der Rechtsfortbildung dem einzelnen Arbeitgeber die Verpflichtung zur Mutterschutzlohnzahlung aufzuerlegen.

(3) Eine derartige Regelung könne einzig und allein der Gesetzgeber treffen.

---

293 Vgl. allgemein zur zulässigen Annahme einer Gesetzeslücke nur Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz (1964), insbesondere die Definition auf S. 39: "Eine Lücke liegt vor, wenn das Gesetz innerhalb der Grenzen seines möglichen Wortsinns und das Gewohnheitsrecht eine Regelung nicht enthalten, obwohl die Rechtsordnung in ihrer Gesamtheit eine solche fordert." Siehe auch Larenz, Methodenlehre, S. 350 - 382

294 Vgl. dazu unten S. 110 f.

aa) Geht das Wegerisiko allgemein zu Lasten der Arbeitnehmer?

Gegen den vom BAG aufgestellten Satz, generell habe der Arbeitnehmer das Wegerisiko zu tragen, bezieht vor allem Hessel[295] Stellung. Er meint, in dieser Frage müsse stets zwischen dem gesunden, arbeitsfähigen Arbeitnehmer und dem kranken, arbeitsunfähigen Arbeitnehmer unterschieden werden.

Der gesunde, arbeitsfähige Arbeitnehmer müsse allerdings grundsätzlich[296] selbst dafür Sorge tragen, zu seiner Arbeitsstätte gelangen zu können und habe dementsprechend z.B. bei einer verkehrsbedingten Verspätung oder völligen Verhinderung an der Arbeitsleistung den Lohnausfall zu tragen.

Anders sei hingegen das Wege- und damit das Lohnrisiko des kranken Arbeitnehmers zu behandeln. Hier bestehe, da Arbeitsweg und Arbeitsleistung stets eine Einheit bildeten, entgegen der Meinung des BAG zumindest in den Fällen, in denen der Arbeitnehmer bei Zurücklegung des Arbeitsweges entweder gar nicht oder nur unter der Gefahr der Verschlimmerung seines Gesundheitszustandes die bisherige Arbeit verrichten könnte, sehr wohl ein Anspruch auf Krankengeld nach der RVO oder auf Lohnfortzahlung nach dem LFG.[297] Das werde durch die Heranziehung eines Beispiels aus der Praxis verdeutlicht. Jeder Arzt würde doch einen Arbeitnehmer ohne Bedenken arbeitsunfähig krank schreiben, wenn dieser infolge eines schweren Ischias- oder Bandscheibenleidens zwar nicht seine Wohnung verlassen, eigentlich aber die ihm im Betrieb obliegende Schreibtischarbeit ausführen könnte. Das BAG müsse hier hingegen wohl zu einer anderen Auffassung gelangen.

---

295 AuR 1971, 32

296 Hessel erwähnt hier den Ausnahmefall, daß sich ein Arbeitgeber einzelvertraglich verpflichtet hat, für eine Abholung seiner auswärts wohnenden Arbeitnehmer zu sorgen; vgl. auch Anm. 349

297 Vgl. Kehrmann/Pelikan, § 1 Anm. 35; Marienhagen, § 1 Anm. 19; wie das BAG jedoch Becher, § 1 Anm. 24

Gegen die Versagung des Krankengeld- oder Lohnfortzahlungsanspruchs, die das BAG in diesem Urteil ja allerdings nur im Wege der Hilfserwägungen zur Frage der allgemeinen Verteilung des Wegerisikos anführt, wendet sich gleichfalls Lindacher, der insbesondere das Fehlen jeglicher Begründung in diesem Teil der Entscheidung beklagt.[298]

Es kann wohl auch kaum als ausreichend angesehen werden, wenn der Senat hier ohne weitere Erörterungen - die ja, wie der Hinweis auf die Kommentarliteratur[299] zeigt, durchaus am Platze gewesen wären - feststellt, bei einem Fall der vorliegenden Art bestehe infolge fehlender Arbeitsunfähigkeit weder ein Anspruch auf Krankengeld noch ein solcher auf Lohnfortzahlung. Daß die überdies ungenauen[300] Verweise auf Töns nur wenig Aussagekraft besitzen und somit keinesfalls das Ergebnis allein zu tragen imstande sind, hat schließlich bereits Lindacher[301] bemerkt.

Angesichts solcher Bedenken gegen die Ableitung einer grundsätzlich zu Lasten des Arbeitnehmers gehenden Wegerisikoverteilung aus den Krankengeld- und Lohnfortzahlungsvorschriften gewinnt entsprechend der § 550 RVO wieder mehr an Gewicht, als ihm das BAG ursprünglich beimessen wollte. Es liegt jetzt vielmehr nahe zu fragen, ob dieser Norm keineswegs bloß der vom BAG behauptete Ausnahmecharakter, sondern, und zwar im Zusammenhang mit der richtigen Behandlung des Wegerisikos des kranken Arbeitnehmers im Rahmen der §§ 182 RVO, 1 Abs. 1 LFG, vielmehr ein allgemeiner Charakter zukommt.[302] Bei der sich nun

---

298 FamRZ 1971, 236

299 Siehe Anm. 297

300 Vgl. dazu Lindacher, FamRZ 1971, 236 Fußnote 7

301 FamRZ 1971, 236

302 Auch Söllner, Anm. zu BAG vom 7.8.1970, AP Nr. 4 zu § 11 MuSchG 1968, meint, ohne jedoch auf die hier aufgezeigten, zusätzlichen Bedenken einzugehen, § 550 RVO enthülle eine "Schwäche" in der Argumentation des BAG.

aufdrängenden Bejahung dieser Frage wäre dann die Grundlage für die Entscheidung des Senats, nämlich die Annahme, der Gesetzgeber wolle regelmäßig dem Arbeitnehmer das Wegerisiko auferlegen, entfallen. Das Gericht müßte nunmehr, wollte es sich bei der Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts weiterhin methodisch an der gesetzlichen Grundentscheidung orientieren, seine bisherige Aussage, unter den aufgezeigten Umständen ließe sich nicht annehmen, "der Gesetzgeber des Mutterschutzgesetzes habe der berufstätigen Frau während der Schwangerschaft das Wegerisiko abnehmen und damit den Arbeitgeber belasten wollen",[303] in das genaue Gegenteil umkehren und der werdenden Mutter den Anspruch auf Mutterschutzlohn zubilligen.

Auch die weitere Hilfserwägung, die Überlagerung des Wegerisikos auf den Arbeitnehmer sei eine zwangsläufige Folge des gesetzlich garantierten Grundrechts der Freizügigkeit, ist nämlich keinesfalls zwingend[304] und trifft, ihre Richtigkeit einmal unterstellt, in nicht einmal allen Fällen des ärztlichen Wegeverbots zu. So kann sie beispielsweise überhaupt nicht herangezogen werden, wenn die Schwangere zwar am Ort der Betriebsstätte wohnt, aber aufgrund einer besonders schwächlichen Konstitution oder stark ausgeprägten Neigung zu Fehlgeburten selbst den nicht außergewöhnlich langen oder beschwerlichen Weg innerhalb desselben Ortes zur Arbeit zurücklegen kann.[305]

bb) Die Bedeutung einer "allgemeinen" Wegerisikoregelung im Bereich des gesetzlichen Mutterschutzes

Legt man indes dem § 550 RVO keine über die von ihm unmittelbar erfaßten Fälle hinausgehende, allgemeine Bedeutung

---

303 BAG, a.a.O., unter III 3 der Gründe

304 Das hat überzeugend Lindacher, FamRZ 1971, 236, dargelegt; vgl. dazu auch Anm. 349

305 Lindacher, FamRZ 1971, 236

zu, sondern ist man der Ansicht, zumindest aus den insoweit unzweifelhaften und vom BAG gleichfalls angeführten Regelungen der §§ 2 AZO, 4 JArbSchG ließe sich die Absicht des Gesetzgebers entnehmen, das Wegerisiko generell dem Arbeitnehmer auferlegen zu wollen, so ist auch dieser Hinweis wenig tauglich für die Beantwortung der Frage, ob gerade die werdende Mutter eine Lohneinbuße hinnehmen muß, wenn sie ihre Arbeitsleistung nur deshalb nicht erbringen kann, weil sie durch ihre Schwangerschaft an der Zurücklegung des Weges zur Arbeitsstätte gehindert ist.

Es ist auch in diesem Zusammenhang vielmehr zu bedenken, daß der Gesetzgeber durch das Mutterschutzrecht der besonderen physischen und psychischen Lage der erwerbstätigen Schwangeren und Wöchnerinnen Rechnung tragen und ihnen daher auch einen, im Vergleich zu den übrigen Arbeitnehmern "gesteigerten" Schutz verschaffen wollte.[306]

Von diesem Ausgangspunkt her ist dann aber das Vorgehen des BAG unzulässig, wenn es den aus den allgemeinen Regelungen - vermeintlich - hervorgehenden Grundsatz über die Belastung des Arbeitnehmers mit dem Wegerisiko ebenso im Bereich des Mutterschutzrechts als uneingeschränkt gültig bezeichnet. Durch eine derart schematische Gleichstellung der berufstätigen Frauen mit den anderen Arbeitnehmern werden in dieser Frage die durch Art. 6 Abs. 4 GG und das MuSchG 1968 in vielfacher Hinsicht zum Ausdruck gekommenen Absichten des Gesetzgebers wohl kaum ausreichend berücksichtigt.

Darüber hinaus trifft auch das weitere Argument des Gerichts, die Überlagerung des Wegerisikos von der werdenden Mutter auf den Arbeitgeber würde "zu einem nicht verständlichen Widerspruch"[307] führen, selbst dann nicht zu,

---

306 Söllner, Anm. zu BAG vom 7.8.1970, AP Nr. 4 zu § 11 MuSchG 1968

307 BAG, a.a.O., unter III 3 der Gründe

wenn man die Richtigkeit der Überlegungen des BAG im Bereich des Krankengeld- oder Lohnfortzahlungsanspruchs einmal unterstellt. Infolge der stark voneinander abweichenden tatsächlichen Situation[308] der im Berufsleben stehenden Frauen einerseits und der übrigen Erwerbstätigen andererseits sind beide Gruppen hinsichtlich ihres vom Gesetzgeber in diesem Teilbereich gewollten Schutzes nur sehr bedingt miteinander vergleichbar.

Eine jeweils unterschiedliche Beantwortung der Frage, wer die finanzielle Belastung aus der Unmöglichkeit der Arbeitnehmerin, den Weg zur Arbeitsstätte zurücklegen zu können, zu tragen habe, erscheint daher keineswegs in sich widersprüchlich, sondern vielmehr allein sachgerecht.

cc) Die Bedeutung des Art. 6 Abs. 4 GG für die Tragung des Wegerisikos

Abschließend stellt der Senat fest, mit dem Nichteingreifen des § 11 Abs. 1 MuSchG 1968 sei die Unvollkommenheit des gesetzlichen Mutterschutzes dargelegt. Dieses Ergebnis bedeute in der Praxis durchaus ein soziales Problem.

An der Schließung der so festgestellten Lücke sieht sich das Gericht jedoch durch den Wortlaut des Art. 6 Abs. 4 GG gehindert. Hiernach treffe die Verpflichtung zu Schutz und Fürsorge nur die Gemeinschaft, nicht aber den einzelnen Arbeitgeber.

Gerade dieses Argument hatte das BAG schon in früheren Entscheidungen dazu benutzt, eine restriktive Auslegung der gesetzlichen Vorschriften zu Lasten der Mutter zu rechtfertigen.[309] Auf die sich - vor allem im Anschluß an

---

308 Außerdem kommen solche Fälle der bloßen Wegeverhinderung gerade während der Schwangerschaft wohl prozentual häufiger vor als bei anderen "Krankheiten". Auch angesichts solcher unterschiedlichen Häufigkeit und Bedeutung ist daher die Annahme, der Gesetzgeber habe alle diese Fälle gleich behandeln wollen,nicht unbedingt überzeugend.

309 Vgl. BAG vom 24.6.1960, AP Nr. 1 zu § 8 MuSchG; BAG vom 12.1.1967, AP Nr. 4 zu § 3 BUrlG "Rechtsmißbrauch"; BAG vom 30.3.1967, AP Nr. 58 zu § 611 BGB "Gratifikation"; BAG vom 17.7.1969, AP Nr. 67 zu § 611 BGB "Gratifikation"

das Urteil vom 24.6.1960 - daraufhin entwickelnde Auseinandersetzung in der Rechtslehre wurde bereits hingewiesen.[310] Vor diesem Hintergrund ist auch die Entscheidung des BAG zum Wegerisiko kritisch zu sehen.

Art. 6 Abs. 4 GG ist eine Norm, die sich als Konsequenz der Erkenntnis darstellt, daß die Frau in der Zeit der Schwangerschaft und im Anschluß an die Entbindung vielfältigen Bedrängnissen ausgesetzt sein kann, die sie dann aufgrund ihrer geschwächten körperlichen Verfassung oftmals nicht allein zu tragen vermag.[311] In solchen Augenblicken der besonderen Hilfsbedürftigkeit soll ihr gem. des ausdrücklichen Gebots des Art. 6 Abs. 4 GG die Gemeinschaft Schutz und Fürsorge gewähren.

Bei dieser wohl unbestreitbaren Zielsetzung des Art 6 Abs. 4 GG erscheint es schlechthin unverständlich, wenn das Gericht den Hinweis auf eben dieses Gebot als Begründung für ein Nichttätigwerden auf dem Gebiet der Rechtsfortbildung heranzieht, welches sich eindeutig zu Lasten der Schwangeren auswirkt.[312] Der Senat sieht hier in der Norm, mit deren Hilfe auch gerade den erwerbstätigen Frauen ein verstärkter Schutz zuteil werden soll, eine der richterlichen Rechtsfortbildung zugunsten der Mutter entgegenstehende Barriere und verkehrt auf diese Weise die mit Art. 6 Abs. 4 GG verfolgte Absicht des Verfassungsgebers in ihr Gegenteil.

Ein Beispiel mag das verdeutlichen. Enthielte das GG nicht die Vorschrift des Art. 6 Abs. 4 GG, so würde das BAG wohl ohne größere Bedenken die im Bereich des Wegerisikos bestehende und von ihm beklagte Lücke unter Hinweis auf die der allgemeinen Sozialstaatsklausel zu entnehmende Forderung nach lückenlosem Mutterschutz schließen, denn - so

---

310 S. 58 ff.

311 Siehe schon oben S. 15

312 Vgl. auch Lindacher, FamRZ 1971, 235

das BAG[313] - wo ein zweifelsfreies Ergebnis aus dem Wortlaut des Gesetzes nicht zu entnehmen ist, verdient gerade im Rahmen des gesetzlichen Mutterschutzes der in diesem Sinn verstandene Sozialstaatsgrundsatz besondere Beachtung.[314] [315]

Ein solches Ergebnis kann aber nicht aufgrund der Tatsache, daß es den Art. 6 Abs. 4 GG gibt, anders lauten, denn sonst würden die werdenden Mütter und Wöchnerinnen, denen Art. 6 Abs. 4 GG auch im Rahmen des allgemeinen Sozialstaatsbekenntnisses einen erhöhten Schutz gewähren will,[316] durch eben diese Regelung schutzloser gestellt als beim Fehlen einer entsprechenden Norm.[317]

In dem Urteil des BAG vom 9.8.1970 dient Art. 6 Abs. 4 GG also nicht dem Schutz der Mutter, sondern - zumindest bis zum Zeitpunkt des Eingreifens durch den Gesetzgeber - ausschließlich dem Schutz des einzelnen Arbeitgebers vor finanziellen Belastungen. Es leuchtet unmittelbar ein, daß sich der Senat bei so gearteten Überlegungen nicht in Übereinstimmung mit der eigentlichen Bedeutung der

---

313 BAG vom 9.8.1963, AP Nr. 3 zu § 10 MuSchG

314 Allgemein hatte das BAG in seiner Entscheidung vom 21.10.1954, AP Nr. 1 zu § 620 BGB "Befristeter Arbeitsvertrag" bereits frühzeitig im Anschluß an BVerfGE 1, 97 (105) und unter Hinweis auf § 45 Abs. 2 Satz 2 ArbGG betont, der Grundsatz der Sozialstaatlichkeit sei regelmäßig für eine Fortbildung auf dem Gebiet des Arbeitsrechts beachtlich und verpflichte auch die Rspr. bei der Rechtsfindung.

315 Für die Annahme, durch die Überlagerung gerade des Wegerisikos auf die Arbeitgeber ergebe sich für diese eine unzumutbare finanzielle Belastung, so daß sich von daher eine am Sozialstaatsgedanken ausgerichtete Lösung dieser Frage verbiete, sind keine belegbaren Anhaltspunkte vorhanden; vgl. hingegen Preis, AuR 1972, 49 Fußnote 66, für die - sicherlich weit höheren - Belastungen im Zusammenhang mit den §§ 11, 14 MuSchG 1968.
Daß einer solchen Lösung auch nicht das Gebot der Rechtssicherheit oder Rechtsklarheit entgegensteht, wurde bereits oben, S. 100 ff ausgeführt.

316 Vgl. oben S. 17 und die in Fußnote 66 erwähnten Fundstellen

317 Dazu auch Preis, AuR 1972, 48

Grundentscheidungen des Verfassungsgebers befinden kann.[318]

Als weiteres Argument gegen die vom BAG in diesem Urteil zu Art. 6 Abs. 4 GG vertretene Auffassung sei schließlich mit Preis[319] auf folgendes hingewiesen: "Die Tatsache, daß der Staat der Pflichtige eines sozialen Grundrechts ist, besagt nichts darüber, ob auch die finanziellen Lasten der Verwirklichung dieses Grundrechts ausschließlich vom Staat zu tragen seien."[320] Ein bestimmter Weg ist hier nicht vorgeschrieben.[321] Es ist dem Staat also durchaus nicht grundsätzlich verwehrt, durch Gesetz die Realisierung dieses Grundrechts und die Tragung der dabei entstehenden Kosten auf andere zu übertragen, sofern er dabei nur die insbesondere den Art. 3 und 14 GG zu entnehmenden allgemeinen Grenzen jeder hoheitlichen Kostenlastverteilung beachtet.

dd) Das Regelungsprimat des Gesetzgebers

α) Die Kritik an der im Urteil vom 7.8.1970 geäußerten Auffassung des BAG

Der etwas resignierend wirkende[322] abschließende Hinweis, es sei Aufgabe des Gesetzgebers und nicht der Gerichte, die Frage des Wegerisikos zu regeln, verliert gleichfalls viel von seiner Überzeugungskraft, wenn man ihn in Beziehung zu anderen Entscheidungen des BAG setzt.

---

318 Dralle, AuR 1971, 139, beklagt in neuester Zeit ebenfalls, daß die Rspr. im Bereich des Mutterschutzes die verfassungsrechtliche Wertentscheidung zugunsten der Mutter nicht ausreichend genug in den Vordergrund rükke, sondern sich in rein schuldrechtlichen Bahnen bewege.

319 AuR 1972, 47

320 Ebenso Meisel, Anm. zu BAG vom 9.9.1971, SAE 72, 54; vgl. auch Schmidt/Bleibtreu/Klein, Art. 20, Anm. 15; a.A. wohl Maunz/Dürig/Herzog, Art. 6 Anm. 43; Ramm, AuR 1963, 163, 175

321 Zmarzlik, Anm. zu BAG vom 9.9.1971, AR-Blattei D, Mutterschutz, Entscheidungen Nr. 52

322 Lindacher, FamRZ 1971, 236

Die finanzielle Sicherung der Schwangeren, die allein aufgrund des ärztlichen Wegeverbots nicht zur Arbeit gelangen können, ist für die Betroffenen selbst oftmals von existentieller Bedeutung. Das verkennt auch der Senat nicht, wenn er meint, der Ausfall des Arbeitsentgelts stelle ein "soziales Problem"[323] dar. Für den Gesetzgeber ist ein solches Problem in der Gesamtschau hingegen nur eine auf einem Teilgebiet des Arbeitsschutzrechts auftauchende Einzelfrage, dessen Lösung überdies nicht von allgemeiner Dringlichkeit ist. Mit einem legislatorischen Tätigwerden kann daher in absehbarer Zeit nicht gerechnet werden.[324]

Diese Behauptung wird unterstützt durch die Vorgänge im Zusammenhang mit einer entsprechenden Frage, die der Bundestagsabgeordnete Geisenhofer der Bundesregierung vorgelegt hat und die in der Fragestunde des BT in der 160. Sitzung am 16.12.1971 beantwortet wurde.[325]

Geisenhofer hatte gefragt, ob der Bundesregierung die aufgrund des BAG-Urteils vom 7.8.1970 in der Praxis aufgetretene Unzulänglichkeit der wirtschaftlichen Sicherstellung von werdenden Müttern bekannt sei und was die Bundesregierung zu tun beabsichtige, um diese vor allem die große Zahl der Pendlerinnen betreffende Gesetzeslücke zu beseitigen.

Der Parlamentarische Staatssekretär beim BMA hatte daraufhin erklärt,[326] in dem Ministerium werde diese Frage ge-

---

323 BAG, a.a.O., unter III 4 der Gründe

324 Söllner, Anm. zu BAG vom 7.8.1970, AP Nr. 4 zu § 11 MuSchG 1968; außerdem war diese Frage bereits unter der Geltung des MuSchG 1952 in der Diskussion (vgl. Gamillscheg, Festschrift für Molitor, S. 62, und Rappenecker, DB 1955, 873), so daß hier, wenn überhaupt, auch schon zu einem früheren Zeitpunkt und nicht erst aufgrund des BAG-Urteils vom 7.8.1970 ein klärendes Wort des Gesetzgebers hätte erwartet werden können.

325 Frage und Antwort sind veröffentlicht in RdA 1972, 112

326 Vgl. auch BTProt. VI/S. 9280 A

prüft. Zu diesem Zweck und vor allem, um einen Überblick über die damit verbundenen finanziellen Fragen zu bekommen, sollten auch in nächster Zeit vorbereitende Gespräche mit den Arbeitgebern und Gewerkschaften geführt werden.

Wenn das zuständige Ministerium erst knapp 1 1/2 Jahre nach dem Spruch des BAG beabsichtigt, vorbereitende Gespräche zu führen, um sich mit deren Hilfe einen Überblick, also eine nur vorläufige und unvollkommene Information zu verschaffen, dann erfährt dadurch die oben gemachte Bemerkung, der Gesetzgeber werde wohl kaum allzu bald klärend eingreifen, eine leider nur zu eindeutige Bestätigung.

Ist aber eine baldige gesetzliche Regelung in diesem Bereich nicht zu erwarten, so ist das Gericht auch nicht daran gehindert, die von ihm festgestellte Lücke im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung zu schließen.[327] Das BAG selbst hat ja mehrfach auf anderen, umstritteneren arbeitsrechtlichen Gebieten, wo zudem die Wahrscheinlichkeit einer klärenden Entscheidung des Gesetzgebers viel näher lag,[328] "sehr mutig neue Wege der Rechtsfortbildung beschritten".[329] Es ist daher nicht einzusehen, warum es sich hier als zur Passivität bestimmt ansieht. Das gilt um so mehr,[330] wenn diese Untätigkeit einen sozial unbefriedigenden Rechtszustand weiterbestehen läßt, der - dieses wieder unter Zugrundelegung der Senatsansicht - die

---

327 Söllner, Anm. zu BAG vom 7.8.1970, AP Nr. 4 zu § 11 MuSchG 1968

328 Vgl. nur die Entscheidungen des BAG zur Gewährung des Hausarbeitstages für berufstätige Frauen in der AP zu HausArbTagsG von Bremen, Hamburg, Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen

329 Hessel, AuR 1971, 32
So hatte schon Gamillscheg, JZ 1965, 48, anläßlich des 10jährigen Bestehens des Gerichts den "Mut des Schöpferischen" hervorgehoben, der der Rspr. des BAG im Gegensatz zu der auf den abgeklärten Gebieten des Zivilrechts anzutreffenden Neigung der Gerichte, die Verantwortung auf den Gesetzgeber zurückzuverlagern, eigne.

330 Vgl. BAG vom 21.10.1954, AP Nr. 1 zu § 620 BGB "Befristeter Arbeitsvertrag"

existentiellen Interessen eines besonders schützenswerten Personenkreises nicht ausreichend berücksichtigt.

Bereits Lindacher[331] hat ausgeführt, daß zu einer solchen richterlichen Zurückhaltung auch unter methodischen Gesichtspunkten keinerlei Notwendigkeit besteht. Wenn nämlich Art. 6 Abs. 4 GG den Gesetzgeber nicht daran hindert, den Müttern Schutz und Fürsorge durch eine Regelung zuteil werden zu lassen, die den einzelnen Arbeitgeber zur Lohnfortzahlung und damit zur Tragung der finanziellen Lasten verpflichtet,[332] dann kann doch ebenso das BAG einen derartigen Weg zur Grundlage einer richterrechtlichen Lösung zugunsten der werdenden Mütter und Wöchnerinnen machen. Schließlich ist gem. Art. 1 Abs. 3 GG die Rspr. zumindest subsidiär zur Erfüllung des dem Art. 6 Abs. 4 GG zu entnehmenden Verfassungsauftrags aufgerufen.

ß) Die neuere Auffassung des BAG im Urteil vom 9.9.1971

Das Unsoziale der Argumentation im Wegerisikourteil hat der 3. Senat in einer neueren Entscheidung vom 9.9.1971[333] wohl selbst erkannt und daraus für die Entscheidung der zu prüfenden Rechtsfrage auch die entsprechenden Konsequenzen gezogen.
Das Gericht mußte sich in diesem Urteil mit der Verfassungsmäßigkeit des § 11 MuSchG 1968 auseinandersetzen. Dabei kamen dem Senat sowohl in bezug auf Art. 6 Abs. 4 GG als auch auf Art. 3 GG zumindest Zweifel an der Rechtswirksamkeit dieser, die Entgeltzahlung bei Beschäftigungsverboten regelnden Norm des MuSchG 1968. Dennoch sah das Gericht davon ab, eine Entscheidung des BVerfG nach Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG einzuholen. Für diesen Entschluß waren unter anderem auch folgende Überlegungen bestimmend: Würde das

---

331 FamRZ 1971, 236

332 Siehe oben S. 102 ff.

333 BAG AP Nr. 5 zu § 11 MuSchG 1968

letztinstanzlich für arbeitsrechtliche Streitigkeiten zuständige Gericht durch eine Vorlage zum BVerfG zu verstehen geben, es halte § 11 MuSchG 1968 für verfassungswidrig, so würden vermutlich viele Arbeitgeber unter Berufung darauf bis zum klärenden Spruch des BVerfG ihrer Verpflichtung aus § 11 MuSchG 1968 nicht mehr nachkommen. Dadurch wiederum würde den werdenden Müttern während dieses Zeitraums die für sie unbedingt notwendige wirtschaftliche Sicherung entzogen und eine "unerträgliche"[334] Situation geschaffen.
Das BAG stand damit vor der Frage, zu wessen Lasten die Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des § 11 MuSchG 1968 gehen sollten. Entweder würden durch eine Anrufung des BVerfG die werdenden Mütter und Wöchnerinnen weitgehend schutzlos gestellt oder aber es werde, da sich ja die Frage nach der Wirksamkeit des § 11 MuSchG 1968 nicht eindeutig bejahen lasse, bei einer Nichtvorlage sondern weiteren Anwendung dieser Norm durch das Gericht, mit dem einzelnen Arbeitgeber vielleicht der falsche Pflichtige in Anspruch genommen.

Bei einer derartigen Ausgangsposition meinte der Senat, eingedenk der ihm obliegenden sozialen Verantwortung für den vom Grundgesetz gewollten Mutterschutz, sich nur für die letzte Alternative, also zugunsten der Schwangeren, entscheiden zu können. Darin liege auch nicht eine unzulässige Rechtsmittelverkürzung gegenüber den Arbeitgebern. Der einzelne Arbeitgeber habe es weiterhin in der Hand, jeweils mit einer den allgemeinen Mutterschutz weit weniger beeinträchtigenden eigenen Verfassungsbeschwerde gegen die ihm grundrechtswidrig erscheinende Anwendung des § 11 MuSchG 1968 anzugehen.

Das BAG hat sich bei dem hinsichtlich der Problematik durchaus vergleichbaren Urteil vom 9.9.1971, in der richtigen Erkenntnis seiner sozialen Verpflichtung gegenüber

---

334 BAG, a.a.O., unter III 2 der Gründe

einem besonders schutzbedürftigen Teil der Arbeitnehmerschaft, für die werdenden Mütter entschieden und damit dem Entstehen sozialer Not vorgebeugt.[335]

Eine gleiche, von sozialer Verantwortung geprägte Haltung hätte dem Gericht auch im Wegerisikourteil gut angestanden.

3) Die eigene Lösung

a) Unmittelbare Anwendung der §§ 11 Abs. 1, 3 Abs. 1 MuSchG 1968

Für die Frage, ob eine schwangere Arbeitnehmerin, die aufgrund ihrer Schwangerschaft nicht gehindert ist, an ihrem Arbeitsplatz zu arbeiten, wohl aber laut ärztlichem Zeugnis nicht den Weg zwischen Wohnung und Betriebsstätte zurücklegen darf, Anspruch auf Mutterschutzlohn gegen ihren Arbeitgeber gem. § 11 Abs. 1, 3 Abs. 1 MuSchG 1968 hat, ergibt sich aus dem Wortlaut der gesetzlichen Vorschriften keine Antwort.

Eine unmittelbare Anwendung des § 3 Abs. 1 MuSchG 1968 kommt nicht in Frage,[336] wenn man § 3 Abs. 1 MuSchG 1968

---

335 Vgl. dazu auch BAG vom 10.3.1972, BB 1972, 1005 ff. zur Unverfallbarkeit von Versorgungsanwartschaften. Hier weist das BAG unter A II 4, 5 der Gründe eindringlich darauf hin, daß es immer dann Aufgabe und Pflicht der Gerichte im Rahmen der ihnen obliegenden Rechtsfortbildung sein muß, im Wege des Richterrechts regelnd einzugreifen und dadurch die gegebene Rechtsnot zu lindern, wenn der Gesetzgeber, in Kenntnis der jeweiligen Problematik, keinerlei Schritte zur Lösung der dringlichen Fragen unternommen hat.

336 So aber Hessel, MuSchG 1968, Erlg. zu § 4 Abs. 2 Nr. 7 S. 22; derselbe, Anm. zu BAG vom 7.8.1970, AuR 1971, 32, aufgrund einer sehr weiten Auslegung des Begriffs "Beschäftigung" im § 3 Abs. 1 MuSchG 1968, die ihrerseits aber auf einer unzulässigen rechtlichen Gleichstellung von Weg zum Arbeitsplatz und Arbeit am Arbeitsplatz aufbaut. Bildeten diese beiden Faktoren wirklich immer die von ihm angenommene rechtliche Einheit, so wäre z.B. der § 550 RVO überflüssig. Zuzugeben ist Hessel allerdings die tatsächliche Zusammengehörigkeit dieser beiden Begriffe.

nicht nur als Bezugssatz von § 11 Abs. 1 MuSchG 1968 sieht, sondern in seiner eigentlichen Hauptfunktion als Verbotssatz mit der Folge des § 21 MuSchG 1968 beim Zuwiderhandeln. Hier ist nämlich Lindacher[337] darin recht zu geben, daß der Arbeitgeber mit einer Weiterbeschäftigung, die als solche für Mutter und Kind völlig ungefährlich ist, wohl kaum strafwürdiges Unrecht begeht, also auch, was dann aus einem Umkehrschluß folgt, die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 MuSchG 1968 nicht unmittelbar vorliegen können.

b) Analoge Anwendung der §§ 11 Abs. 1, 3 Abs. 1 MuSchG 1968 unter Berücksichtigung der Zielsetzung des MuSchG 1968

Damit ist indes der Anspruch der Schwangeren auf Mutterschutzlohn in diesen Fällen keineswegs bereits endgültig verneint; es ist vielmehr jetzt zu prüfen, ob die Regelungslücke durch eine analoge Anwendung der §§ 11 Abs. 1, 3 Abs. 1 MuSchG 1968 geschlossen werden kann. Maßstab dieser Prüfung muß die allgemeine Zielsetzung des Mutterschutzrechts sein,[338] die die generellen gesetzgeberischen Wertungen widerspiegelt.

Die Absicht des Gesetzgebers ist es, mit dem neuen Mutterschutzgesetz "die erwerbstätige Mutter gegen Verdienstausfälle (zu) schützen, die durch die Mutterschaft bedingt sind".[339] Dieser Zielsetzung entspricht dann aber allein, die Lücke zugunsten der werdenden Mutter zu schließen,[340]

---

337 FamRZ 1971, 237

338 Vgl. BAG vom 9.8.1963, AP Nr. 3 zu § 10 MuSchG, wonach es nicht auf den Wortlaut, sondern auf den "Sinn der Regelung" ankommt. Das aber ist nichts anderes als die allgemeine Zielsetzung der Regelung.

339 So das BAG in der Entscheidung vom 7.8.1970, AP Nr. 4 zu § 11 MuSchG 1968, unter III 1 der Gründe; vgl. auch Schriftl. Bericht des Ausschusses für Arbeit des BT, BTDrucks. zu IV/3652, S. 6, weiterhin BAG vom 19.12. 1966, AP Nr. 2 zu § 12 MuSchG

340 Söllner, Anm. zu BAG vom 7.8.1970, AP Nr. 4 zu § 11 MuSchG 1968

und ihr, in Übernahme und Weiterführung der auch in anderen Bestimmungen des MuSchG 1968 zum Ausdruck gekommenen Absichten und Tendenzen, analog den §§ 11 Abs. 1, 3 Abs. 1 MuSchG 1968, einen Anspruch auf Mutterschutzlohn zuzusprechen.[341]

Nur durch eine derartige Rechtsfortbildung, die dem sozialeren Ergebnis im Wege der Auslegung den Vorzug gibt,[342] läßt sich ein ausreichender Schutz der Schwangeren verwirklichen und damit die ein drängendes soziales Problem darstellende Unvollkommenheit des gesetzlichen Mutterschutzes in Übereinstimmung mit der Verfassungsentscheidung der Art. 20, 28 GG und des Art. 6 Abs. 4 GG beseitigen. Hierin ist dann nicht einmal die Korrektur, also die Überwindung und Außerkraftsetzung des dem gewünschten Ergebnis entgegenstehenden, einfachen Gesetzesrechts unter Zuhilfenahme des Sozialstaatsprinzips zu sehen,[343] sondern die Ausfüllung der Lücke in diesem Sinn entspricht gerade den in der Gesamtregelung des Mutterschutzrechts zum Ausdruck gekommenen Intentionen des einfachen Gesetzgebers.

c) Die Prüfung der Interessenlageidentität

Die analoge Anwendung der §§ 11 Abs. 1, 3 Abs. 1 MuSchG 1968 scheitert auch nicht daran, daß die unmittelbar von diesen Paragraphen erfaßten Fälle sich auf der jeweiligen Interessenseite von dem hier zu prüfenden Tatbestand möglicherweise erheblich unterscheiden und damit eine Übertragung der Rechtsfolge auf dem Wege des Analogieschlusses wegen fehlender Interessenlageidentität nicht möglich ist.

---

341 Hessel, Anm. zu BAG vom 7.8.1970, AuR 1971, 32, geht zwar methodisch anders vor (vgl. Anm. 336), gelangt aber zum gleichen Ergebnis und sieht dieses Ergebnis ebenfalls "durchaus in der Zielsetzung des Mutterschutzgesetzes."

342 Eine entsprechende Forderung stellte das BAG in seinem Urteil vom 9.8.1963, AP Nr. 3 zu § 10 MuSchG, auf.

343 Selbst das wäre nach Gamillscheg, Festschrift für Molitor, S. 70, unter den dort dargelegten Voraussetzungen zulässig; so wohl auch Lindacher, DamRZ 1971, 235

aa) Die Interessenlage der werdenden Mutter

Die erwerbstätige werdende Mutter befindet sich sowohl für den Fall des Vorliegens der im § 11 Abs. 1 MuSchG 1968 ausdrücklich erwähnten Beschäftigungsverbote oder -beschränkungen als auch im Fall der vom Arzt in ihrem Interesse und dem des Kindes untersagten Benutzung der für den Weg zur Arbeit erforderlichen Verkehrsmittel jeweils in der gleichen Notsituation. Falls der Arbeitgeber nicht gesetzlich zur Weiterzahlung des Arbeitsentgelts verpflichtet ist, kann sie nur zwischen den Möglichkeiten wählen, entweder nicht weiterzuarbeiten und damit häufig die alleinige wirtschaftliche Grundlage ihrer Lebensführung aufzugeben oder aber durch eine entgegen dem ärztlichen Rat erfolgende Weiterarbeit sich selbst bzw. dem zu erwartenden Kind körperliche Schäden zuzufügen. Aus dieser Zwangslage will § 11 Abs. 1 MuSchG 1968 den Schwangeren den Ausweg zeigen.

Auf seiten der erwerbstätigen Frau ist also die Interessenlageidentität in den zum Vergleich stehenden Ausgangssituationen zu bejahen.

bb) Die Interessenlage des Arbeitgebers

Aber auch hinsichtlich der Interessengestaltung des Arbeitgebers fehlen im tatsächlichen Bereich Anhaltspunkte für die Annahme, ausschließlich dann, wenn das ärztliche Verbot gem. § 3 Abs. 1 MuSchG 1968 sich unmittelbar auf die Weiterbeschäftigung beziehe, sei die Belastung mit der Zahlung des Mutterschutzlohns für ihn zumutbar.

Sicherlich liegt beim Ausgangsfall der zur Nichtleistung führende Grund, die rezidivierende Ischialgie, in der Person der Schwangeren und damit in ihrem privaten Bereich. Daraus läßt sich jedoch nicht die vom BAG gezogene Folgerung herleiten.

Das MuSchG 1968 kennt eben nicht den Grundsatz, daß die Nichtarbeit, die durch in der Sphäre der Schwangeren liegende und zu den üblichen Schwangerschaftsbeschwerden hinzutretende Gründe bedingt ist, immer zu Lasten der werdenden Mutter geht.[344] Eine derartige tatsächliche Gestaltung ist vielmehr - im Gegensatz zu den generellen Beschäftigungsverboten - gerade typisch für die individuellen Beschäftigungsverbote nach § 3 Abs. 1 MuSchG 1968. Durch diese Regelung wird der Arbeitgeber i.V. mit § 11 Abs. 1 MuSchG 1968 also nicht nur in den von ihm als beherrschbar geltenden und ihm auch zurechenbaren Fällen der betriebsbedingten Arbeitsverhinderungen und -verkürzungen der Schwangeren zur Zahlung des Mutterschutzlohnes verpflichtet, sondern auch dann, wenn eine körperliche Individualschwäche der Arbeitnehmerin deren Weiterarbeit entgegensteht, es sich mithin um ein von ihm nicht zu beeinflussendes Risiko handelt. Dann aber ist nicht einzusehen, warum in den hier zum Vergleich stehenden Fällen, die alle außerhalb der Einwirkungssphäre des Arbeitgebers liegen, die Frage nach der Zumutbarkeit der Mutterschutzlohnzahlung für den Arbeitgeber einmal positiv und einmal negativ beantwortet werden sollte. Für eine derart unterschiedliche Behandlung der im privaten Bereich einer Schwangeren liegenden Hinderungsgründe ist ein sachlich und methodisch überzeugender Anknüpfungspunkt nicht ersichtlich. Beide Male ist vielmehr davon auszugehen, daß, entsprechend der in den §§ 3 Abs. 1, 11 Abs. 1 MuSchG 1968 zum Ausdruck gekommenen Wertung des Gesetzgebers, die Arbeitsverhinderung der Frau finanziell zu Lasten des Arbeitgebers geht.[345]

d) Die sachlichen Anknüpfungspunkte für die Belastung des Arbeitgebers mit dem Wegerisiko

Entgegen der Ansicht des Senats gibt es für die Verpflich-

---

344 Lindacher, FamRZ 1971, 237

345 Ebenso Lindacher, FamRZ 1971, 237

tung des einzelnen Arbeitgebers zur Mutterschutzlohnzahlung auch in diesen Fällen durchaus einen sachlichen Anknüpfungspunkt. Ihn kann man entweder in dem allgemeinen arbeitsrechtlichen Fürsorgegedanken[346] oder im "Sozialkontakt"[347] des Arbeitgebers erblicken. Gerade im Arbeitsrecht ist es durchaus üblich, daß der Arbeitgeber infolge seiner engen Beziehung zu dem sozialrechtlich schutzwürdigen Arbeitstatbestand Leistungen gegenüber den Arbeitnehmern erbringen muß, die eigentlich als allgemeine Soziallasten der Gemeinschaft obliegen.[348] [349]

---

346 Lindacher, FamRZ 1971, 236; Zmarzlik, Anm. zu BAG vom 9.9.1971, AR-Blattei D, Mutterschutz, Entscheidungen Nr. 52, hält - noch allgemeiner - "das Arbeitsverhältnis" für einen hinreichenden sachlichen Anknüpfungspunkt.

347 BVerfG vom 10.5.1960, AP Nr. 2 zu § 1 KindGG, BAG vom 9.9.1971, AP Nr. 5 zu § 11 MuSchG 1968; Bulla, Anm. zu BAG vom 24.6.1960, AP Nr. 1 zu § 8 MuSchG

348 Wie Anm. vorher; weiterhin Preis AuR 1972, 49 Vgl. ferner Schmidt/Bleibtreu/Klein, Art. 20 Anm. 15, wonach es dem Gesetzgeber im Rahmen des Art. 20 GG freisteht, zur Erreichung der gerechten Sozialordnung auch die Mithilfe privater Organisationen vorzusehen; ähnlich Meisel, Anm. zu BAG vom 9.9.1971, SAE 1972, 54; schließlich sieht auch das BVerwG in dem Urteil vom 21.10.1970, AP Nr. 33 zu § 9 MuSchG, in einem Sozialstaat darin keinen Widerspruch zu höherrangigen Normen, "wenn die wirtschaftlichen Auswirkungen des Mutterschutzes zu einem überwiegenden Teil dem Arbeitgeber überbürdet werden".

349 Weiterhin wenden sowohl Söllner, Anm. zu BAG vom 7.8.1970, AP Nr. 4 zu § 11 MuSchG 1968, als auch Hessel, Anm. zu BAG vom 7.8.1970, AuR 1971, 32, ein, aus der im Sachverhalt ausdrücklich erwähnten Tatsache, daß die Arbeitnehmerin für eine Teilstrecke ihres Weges einen vom Arbeitgeber bereitgestellten Werksbus benutzt habe, könne sich im Einzelfall zusätzlich die Überbürdung des Wegerisikos auf den Arbeitgeber ergeben. Zum Beispiel dann, wenn die Arbeitnehmerin gerade unter Hinweis auf diese preisgünstige Beförderungsmöglichkeit angeworben worden war. Entsprechende arbeitsvertragliche Abmachungen hält ja auch das BAG in der o.a. Entscheidung für bedeutungsvoll. In diesem Bereich sind jedoch die tatsächlichen Angaben des Urteils zu wenig aussagestark, um endgültige Feststellungen zu ermöglichen.

Daß die Tragung des Wegerisikos durch die Arbeitgeber im Einzelfall auch nicht schon deshalb unzumutbar und damit unzulässig ist, weil sie den durch das Mutterschutzrecht festgelegten Rahmen der finanziellen Belastung dieser Gruppe übersteigt, wurde bereits oben[350] ausgeführt.

4) Zusammenfassende Betrachtung

Das BAG hat, insoweit auch unter Abweichung von früheren Entscheidungen, in seinem Urteil vom 9.8.1970 zum Wegerisiko der Schwangeren eine Auffassung vertreten, als deren Folge sich nicht nur für die unmittelbar davon betroffenen werdenden Mütter, sondern auch für ihre noch ungeborenen Kinder in vielen Fällen eine Gesundheit und Leben bedrohende Notsituation ergeben kann. Die Entscheidung steht vor allem weder mit dem Bekenntnis des Grundgesetzes zum Prinzip der Sozialstaatlichkeit noch mit dem Art. 6 Abs. 4 GG in Übereinstimmung. Zu Recht ist daher in der Literatur die Aufforderung an die Instanzgerichte ergangen, dem BAG auf dem eingeschlagenen Weg nicht zu folgen, sondern ihm vielmehr Gelegenheit zur Revidierung seiner Ansicht im hier dargelegten Sinn zu geben.[351]

II Die Berücksichtigung von Anwesenheitsprämien bei der Berechnung des Mutterschutzlohnes gem. §§ 11 Abs. 1, 14 MuSchG 1968

Nicht nur bei der Verteilung des Wegerisikos hatte das BAG aufgrund einer fehlerhaften Erforschung und Berücksichtigung der gesetzgeberischen Wertungen eine den Schutz der werdenden Mütter unzulässig verkürzende Auffassung vertreten. Auch das Urteil vom 30.3.1967[352]

---

350 S. 113 f.

351 Lindacher, FamRZ 1971, 237.

352 BAG AP Nr. 58 zu § 611 BGB "Gratifikation"

zeigte eine solche Grundhaltung und bedeutete in der Praxis die Eröffnung einer weiteren Lücke im umfassenden Entgeltschutz der schwangeren Erwerbstätigen.

1) Die Auffassung des BAG im Urteil vom 30.3. 1967

Dem Urteil des 5. Senats lag folgende Ausgangsfrage zugrunde:

Ist in einem Betrieb, für den eine Gratifikationsregelung gilt, die hinsichtlich der Höhe der Zuwendung auf die Zeiten der Betriebsanwesenheit abstellt, der Arbeitgeber befugt, ebenfalls eine Fehlzeit gratifikationsmindernd zu berücksichtigen, die auf eine Schwangerschaft der Arbeitnehmerin zurückgeht?

Das BAG hat in der angeführten Entscheidung diese Frage bejaht. Die Gratifikationszusage stelle eine freiwillige und zusätzliche Leistung des Arbeitgebers dar. Ihre im Streitfall vorliegende Koppelung mit einer Anwesenheitsprämie sei - so der 5. Senat im ausdrücklichen Anschluß an ein grundlegendes Urteil des 2. Senats,[353] wo das für einen wegen Krankheit fehlenden Arbeitnehmer festgestellt wurde - auch dann sachgerecht, wenn dadurch die aufgrund einer Schwangerschaft nicht im Betrieb anwesende erwerbstätige Frau finanziell schlechter gestellt werde als ihre übrigen Kolleginnen. Das finde, wie generell im Fall der gleich zu behandelnden krankheitsbedingten Arbeitsverhinderung,[354] seinen Grund darin, daß die schwangere Arbeitnehmerin während ihrer Abwesenheit nicht zur Erhöhung des betrieblichen Erfolges beitrage.

---

353 BAG vom 21.1.1963, AP Nr. 16 zu § 2 ArbKrkhG

354 Zur Gleichstellung von krankheits- und schwangerschaftsbedingten Fehlzeiten siehe auch BAG vom 26.4. 1960, AP Nr. 59 zu § 611 BGB "Urlaubsrecht"; BAG vom 12.1.1967, AP Nr. 4 zu § 3 BUrlG "Rechtsmißbrauch"

Art. 6 Abs. 4 GG bewirke keine andere Beurteilung, denn er spreche eben nur die Gemeinschaft an, nicht aber den einzelnen Arbeitgeber. Überdies seien die Verpflichtungen des Arbeitgebers im Fall der Schwangerschaft einer Arbeitnehmerin durch das Mutterschutzgesetz erschöpfend geregelt. Gerade dem aber sei im vorliegenden Fall nicht zu entnehmen, daß der Arbeitgeber ein schwangerschaftsbedingtes Fehlen bei der Berechnung einer Gratifikation nicht mindernd in Ansatz bringen dürfe.

2) Die bisherige Auffassung der Literatur

Die Lehre ist der Rspr. des 2. Senats[355] zur Zulässigkeit von Anwesenheitsprämien fast durchweg gefolgt.[356] Auch das Urteil des 5. Senats[357] ist überwiegend auf Zustimmung gestoßen.[358] Es war zudem Anlaß für die Vertreter der Kommentarliteratur, die weitere Bedeutung der in dieser Entscheidung vom BAG geäußerten Ansicht für die Entgeltsicherung der werdenden Mütter und Wöchne-

---

355 BAG vom 21.1.1963, AP Nr. 16 zu § 2 ArbKrkhG

356 Gotzen, Anm. zu BAG vom 21.1.1963, SAE 1963, 105; N.N., Anm. zu BAG vom 21.1.1963, AR-Blattei D, Krankheit des Arbeitnehmers, Entscheidungen Nr. 58; Schelp, Anm. zu BAG vom 21.1.1963, AP Nr. 16 zu § 2 ArbKrkhG; Trappe, BB 1966, 129 f.; Wlotzke, BABl. 1963, 695 f.; wohl auch Mayer-Maly, Anm. zu BAG vom 15.5.1964, AP Nr. 35 zu § 611 BGB "Gratifikation"

357 BAG vom 30.3.1967, AP Nr. 58 zu § 611 BGB "Gratifikation"

358 Kraft, Anm. zu BAG vom 30.3.1967, SAE 1967, 267 f.; Trieschmann, Anm. zu BAG vom 30.3.1967, AuR 1968, 223 f.; Zmarzlik, AR-Blattei D, Mutterschutz I, unter D II 5 b aa;
Zur Gleichstellung von Fehlzeiten durch Krankheit und Schwangerschaft äußert sich kritisch Mayer-Maly, Anm. zu BAG vom 30.3.1967, AP Nr. 58 zu § 611 BGB "Gratifikation". Er meint aber gleichwohl, "im Ergebnis (sei) das Urteil des BAG zu billigen".

i.R. der §§ 11, 14 MuSchG 1968 aufzuzeigen. So wurde, auch gerade unter Berufung auf die vom BAG in den beiden o.a. Urteilen aufgestellten Grundsätze,[359] darauf hingewiesen, daß bei der Berechnung des Mutterschutzlohnes nach § 11 MuSchG 1968 oder des Zuschusses zum Mutterschaftsgeld gem. § 14 MuSchG 1968 die ansonsten gewährten Anwesenheits- und Pünktlichkeitsprämien nicht mitzuberücksichtigen seien.[360] [361]

Als Folge dieser von Rspr. und Literatur beinahe einmütig vertretenen Auffassung erlitt die schwangere Arbeitnehmerin im Vergleich zu ihren Kolleginnen nun Nachteile, die ihren Ursprung einzig und allein in dem Bestehen der Schwangerschaft hatten.

Wie wenig ein solches Ergebnis dem Sinn des Mutterschutzrechts, der Schwangeren durch die unverminderte Weitergewährung der ihr bisher zur Verfügung stehenden Mittel jeden Anreiz zu einer für sie und das zu erwartende Kind schädlichen Weiterarbeit zu nehmen, gerecht wird, haben bereits Delheid und Schreven angedeutet.[362]

3) Die neuere Auffassung des BAG im Urteil vom 29.1.1971

Diese Bedenken, denen gerade in der heutigen Zeit der fortschreitenden sozialen Sicherung des Arbeitnehmers ein immer größer werdendes Gewicht beizulegen ist,[363] veranlaßten schließlich auch das BAG zu einer "Kehrtwendung".[364]

---

359 So ausdrücklich Schmatz/Zmarzlik, § 11 Anm. 16

360 Bulla/Hackbeil, § 11 Anm. 46, § 13 Anm. 96, § 14 Anm. 52; Meisel/Hiersemann, § 11 Anm. 48; Schmatz/Zmarzlik, § 11 Anm. 16

361 Differenzierend zwischen Arbeitsentgelt und Mutterschaftsgeld beantworten dagegen Gröninger/Thomas die Frage nach der Einbeziehung der Anwesenheitsprämien; siehe dazu § 11 Anm. 4 e einerseits und § 13 Anm. 15 b ff. sowie § 14 Anm. 4 c andererseits.

362 RdA 1970, 111

363 Beschluß des BAG vom 30.4.1970, AP Nr. 1 zu § 611 BGB "Anwesenheitsprämie"

364 Preis, AuR 1972, 43 Fußnote 15

Nach der entsprechenden Anfrage[365] an den 2.[366] und 5.[367] Senat gem. § 7 Abs. 2 Satz 2 der Geschäftsordnung des BAG, stellt nunmehr der 3. Senat im Leitsatz seines Urteils vom 29.1.1971[368] fest: "Eine laufend gewährte sogenannte Anwesenheitsprämie, die während entschuldigten und unentschuldigten Fehlens nicht gezahlt wird, ist Teil des Arbeitsentgelts im Sinne des § 14 Abs. 1 MuSchG und deshalb bei der Berechnung des vom Arbeitgeber zu zahlenden Zuschusses zum Mutterschaftsgeld mitzuberücksichtigen."

In der Begründung entnimmt der 3. Senat das entscheidende Argument für seine Auffassung der mit den §§ 11, 14 MuSchG 1968 verfolgten allgemeinen Zielsetzung und macht damit zutreffend die gesetzgeberischen Intentionen zum Ausgangspunkt der eigenen Lösung.

§ 14 MuSchG 1968 wolle, gleich dem § 11 MuSchG 1968, der Schwangeren auch für die Zeit der auf der Mutterschaft beruhenden Freistellung von der Arbeit ihren bisherigen Lebensstandard erhalten. Daher hätten grundsätzlich alle vom Arbeitgeber gewährten Bezüge, die mitentscheidend für diesen Lebensstandard seien, als Arbeitsverdienst zu gelten.

Auszunehmen sei davon nur der im Bezugszeitraum erhaltene Aufwendungsersatz. Dieser hänge ausschließlich mit der tatsächlichen Leistungserbringung zusammen, da er einen besonderen arbeitsbedingten Aufwand ausgleichen wolle. Ein solcher könne indes für die Zeit der mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbote gar nicht entstehen. Demnach lasse sich folgender Grundsatz aufstel-

---

365 Beschluß des BAG vom 30.4.1970, AP Nr. 1 zu § 611 BGB "Anwesenheitsprämie"

366 Wegen der beabsichtigten Abweichung gegenüber dem o.a. Urteil vom 21.1.1963, AP Nr. 16 zu § 2 ArbKrkhG

367 Wegen der beabsichtigten Abweichung gegenüber dem o.a. Urteil vom 30.3.1967, AP Nr. 58 zu § 611 BGB "Gratifikation"

368 AP Nr. 2 zu § 611 BGB "Anwesenheitsprämie"

len:[369] "Alles, was der Arbeitgeber aufgrund des Arbeitsverhältnisses als laufende Zahlung gewährt und nicht unter Aufwendungsersatz fällt, ist Arbeitsentgelt i.S. des § 14 Abs. 1 MuSchG."[370]

Da der Arbeitgeber durch die Anwesenheitsprämien nur die tatsächliche Anwesenheit am Arbeitsplatz belohne, nicht dagegen irgendeinen speziellen Aufwand des Arbeitnehmers ersetze, müsse in Anlehnung an die oben abgeleitete allgemeine Regel die Anwesenheitsprämie als Arbeitsentgelt angesehen werden.

Als Folge dieser Ansicht zeige sich zwar eine gewisse Gefährdung des der Gewährung einer Anwesenheitsprämie zugrunde liegenden Zwecks. Andererseits aber - und das sieht das Gericht richtigerweise als wohl schwerwiegender an - bedeute die ausnahmslose Berücksichtigung aller Fehlzeiten für die Festsetzung der Anwesenheitsprämie eine "Umgehung der Schutzgesetzgebung".[371] Dadurch könne sich nämlich für die Arbeitnehmerin der unbedingt zu vermeidende Anreiz ergeben, auch in einer Zeit, in der sie eigentlich nach der wohlbegründeten Ansicht des Gesetzgebers der Arbeit fernbleiben soll und trotzdem das Arbeitsentgelt beanspruchen darf, die Arbeitsleistung tatsächlich zu erbringen, um zusätzlich noch in den Genuß der Anwesenheitsprämie zu kommen.

Alle diese Erwägungen führen nach Auffassung des 3. Senats dazu, eine laufend gewährte Anwesenheitsprämie als einen Teil des Arbeitsentgelts i.S. des § 14 Abs. 1 MuSchG 1968 und, wie in Fortführung des Urteils unschwer ergänzt werden kann,[372] des § 11 Abs. 1 MuSchG 1968 anzusehen.

---

369 BAG, a.a.O., unter 3 a der Gründe

370 Zweifelnd dazu Zmarzlik, Anm. zu BAG vom 29.1.1971, AR-Blattei D, Mutterschutz, Entscheidungen Nr. 51 m.w.N.; kritisch auch Meisel, DB 1972, 48

371 BAG, a.a.O., unter 3 e der Gründe; vgl. dazu auch BAG vom 28.3.1963, AP Nr. 24 zu § 1 HausarbTagsG Nordrhein-Westfalen

372 Meisel, DB 1972, 45

4) Zusammenfassende Betrachtung

Das BAG hat in seiner Entscheidung vom 29.1.1971 die Beantwortung der Frage, ob eine Anwesenheitsprämie als Arbeitsentgelt i.S. des § 14 MuSchG 1968 gelte, zu Recht[373] auf der Grundlage einer sorgfältigen Untersuchung des den Regelungen der §§ 11, 14 MuSchG 1968 zugrunde liegenden Sinnes gewonnen. Das auch methodisch Weiterführende bei diesem Vorgehen des 3. Senats ist darin zu sehen, daß sich das Gericht damit auseinandergesetzt hat, ob die Zweckbestimmung der Anwesenheitsprämien mit den zuvor festgestellten gesetzgeberischen Wertungen vereinbar ist. Die Erforderlichkeit einer derartigen Überprüfung der Anwesenheitsprämien im Licht der auf dem Gebiet des Mutterschutzrechts zum Ausdruck gekommenen Absichten des Gesetzgebers ist in der Literatur bisher nicht gesehen worden.[374]

Mit der Feststellung, daß die Zweckbindungen der Anwesenheitsprämie wegen der entgegenstehenden zwingenden sozialen Regelungen des MuSchG 1968 insoweit unzulässig sind, hat das BAG - trotz der anderslautenden Äußerungen des 2. und 5. Senats wohl auch in Abkehr von der bisherigen Rspr.[375] - der Zielsetzung des Mutterschutzrechts, für die erwerbstätige Frau vor und nach der Entbindung eine von finanziellen Nöten und beruflicher Belastung weitgehend freie Zeit zu gewährleisten, in einem weiteren Einzelbe-

---

373 Zustimmend Mayer-Maly, Anm. zu BAG vom 29.1.1971, AP Nr. 2 zu § 611 BGB "Anwesenheitsprämie"; Migsch, Anm. zu BAG vom 30.4.1970, SAE 1971, 49 ff.; im Ergebnis auch Zmarzlik, Anm. zu BAG vom 29.1.1971, AR-Blattei D, Mutterschutz, Entscheidungen Nr. 51, sowie Hessel, Anm. zu BAG vom 29.1.1971, AuR 1972, 256. Sehr kritisch äußert sich hingegen Meisel, DB 1972, 43 ff., zu dem Urteil des BAG. Er meint, die Entscheidung dürfte in der Praxis einen "Abschied von der Anwesenheitsprämie" bedeuten. In dieser Konsequenz pflichtet ihm Stahlhacke, NJW 1972, 1075, bei.

374 Zmarzlik, Anm. zu BAG vom 29.1.1971, AR-Blattei D, Mutterschutz, Entscheidungen Nr. 51

375 Vgl. Meisel, DB 1972, 44 Fußnote 9

reich zu praktischer Wirksamkeit verholfen.[376]

III Die Entgeltsicherung der werdenden Mutter bei außergewöhnlichen Schwangerschaftsbeschwerden

1) Die Konkurrenz von Mutterschutz- und Krankenlohn

Ist somit die vom BAG selbst im Zusammenhang mit der Bedeutung von Anwesenheitsprämien geschaffene Lücke in der finanziellen Sicherung der Schwangeren und Wöchnerinnen durch das Urteil vom 29.1.1971 wieder geschlossen worden, so wäre in der Rechtswirklichkeit der umfassende Entgeltschutz dieser Arbeitnehmerinnen weiterhin dann nicht verwirklicht, wenn die Rspr. sich die bisher herrschende Meinung im Schrifttum zur Konkurrenz von Mutterschutz- und Krankenlohn zu eigen machen und somit bei einem Zusammentreffen beider Ansprüche den auf Mutterschutzlohn als nachrangig ansehen würde.

Zwar ist, soweit ersichtlich, eine derartige arbeitsgerichtliche Entscheidung in dieser Frage noch nicht ergangen und daher zumindest noch nicht durch ein Gericht im Einzelfall die, wie sich zeigen wird, unzulässige Schutzlosstellung der werdenden Mutter erfolgt. Diese Feststellung, die zudem nicht die Fälle erfaßt, bei denen das Nichteingreifen des Anspruchs auf Mutterschutzlohn gegenüber der erkrankten schwangeren Arbeitnehmerin behauptet wurde und die Betreffende sich vielleicht notgedrungen mit einer derartigen Auskunft zufrieden gab, läßt indes nicht die Notwendigkeit entfallen, die im

---

376 Im übrigen scheint sich auch zumindest eine Überprüfung des vom BAG in der Entscheidung vom 21.1.1963, AP Nr. 16 zu § 2 ArbKrkhG, bezogenen Standpunkts anzudeuten. Im Urteil vom 7.6.1972, DB 1972, 1245, bezeichnet der 5. Senat die Frage, inwieweit Gratifikationsregelungen Krankheitszeiten als anspruchsschädlich behandeln dürfen, ausdrücklich als "offen". Der 2. Senat hatte die entsprechende Ausgestaltung einer Anwesenheits- und Pünktlichkeitsprämie in dem o.a. früheren Urteil dagegen noch als "in jeder Beziehung unbedenklich und einwandfrei, ja sogar in gewisser Weise vorbildlich" angesehen.

Schrifttum herrschende Ansicht zur Konkurrenz von Mutterschutz- und Krankenkohn gerade auch unter dem in dieser Arbeit hervorgehobenen Gesichtspunkt des lückenlosen Mutterschutzes kritisch zu untersuchen.

a) Die Problemstellung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht

Das Konkurrenzproblem zwischen dem Anspruch auf Mutterschutzlohn (§ 11 MuSchG 1968) und den Ansprüchen auf Lohnfortzahlung im Krankheitsfall (§§ 616 BGB, 63 HGB, 133c GewO, 1 LFG) taucht jeweils dann auf, wenn ein im Mutterschutzrecht begründetes Beschäftigungsverbot mit einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit zusammenfällt. Ein derartiges Zusammentreffen kann in zwei Formen auftreten.

Zum einen kann die Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit zu einem bereits bestehenden mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbot - und dabei ganz unabhängig von diesem - hinzukommen. Ohne Bedeutung ist in dem Zusammenhang, ob dieses mutterschutzrechtliche Beschäftigungsverbot dann genereller oder individueller Natur ist.

Andererseits ist auch eine Situation denkbar, in der der körperliche Zustand der Schwangeren, der zum Eingreifen des Beschäftigungsverbots führt, zugleich die Annahme einer in ihrer Person liegenden Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit begründet. Das wird vor allem dann gegeben sein, wenn die Voraussetzungen für ein individuelles Beschäftigungsverbot gem. § 3 Abs. 1 MuSchG 1968 vorliegen. § 3 Abs. 1 MuSchG 1968 greift nämlich vorzugsweise bei einem anomalen, von Komplikationen begleiteten Verlauf der Schwangerschaft ein.[377] Schwangerschaftsbeschwerden und Komplikationen, die das übliche Maß der Beschwernisse übersteigen, sind aber arbeitsrechtlich als "Krankheit" i.S. der §§ 616 BGB, 1 LFG oder als "Un-

377 Vgl. Bulla/Hackbeil, § 3 Anm. 6

glück" gem. §§ 63 HGB, 133c GewO anzusehen.[378]

In beiden Fällen stellt sich dann die Frage nach der für die Entgeltfortzahlung entscheidenden Norm. Die Beantwortung ist dabei für Arbeitnehmerinnen und Arbeitgeber gleichermaßen von Bedeutung.

Der gesetzliche Anspruch auf Lohnfortzahlung im Krankheitsfall kann höchstens 6 Wochen lang geltend gemacht werden, §§ 616 BGB, 63 HGB, 133c GewO, 1 LFG. Sind also die hierfür einschlägigen Vorschriften beim Zusammentreffen von mutterschutzrechtlichem Beschäftigungsverbot und krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit allein maßgebend, so ist die erkrankte Schwangere nach Ablauf der 6-Wochen-Frist entweder, falls sie überhaupt die Voraussetzungen zum Bezug erfüllt, auf das Krankengeld der gesetzlichen Krankenkasse angewiesen - das liegt hingegen laut § 182 Abs. 4, 4a und 5 RVO regelmäßig unter dem bisherigen Arbeitsentgelt - oder sie muß, im Fall der Nichtversicherung, das finanzielle Risiko ihrer Krankheit sogar in vollem Umfang selbst tragen.

Demgegenüber wird der Mutterschutzlohn gem. § 11 Abs. 1 Satz 1 MuSchG 1968 vom Arbeitgeber grundsätzlich für die gesamte Dauer der Zeit gewährt, in der die erwerbstätige Frau wegen eines der dort genannten Beschäftigungsverbote ganz oder teilweise mit der Arbeit aussetzen muß. Zu beachten ist aber, daß während der generellen Schutzfristen vor und nach der Entbindung an die Stelle des Mutterschutzlohnes das von der Krankenkasse zu zahlende Mutterschaftsgeld tritt.[379] Den Arbeitgeber trifft dann höchstens die Zuschußverpflichtung gem. § 14 MuSchG 1968.

---

378 BAG vom 26.8.1960, AP Nr. 20 zu § 63 HGB; Bulla/Hackbeil, vor § 3 Anm. 35, § 11 Anm. 34; Meisel/Hiersemann, § 11 Anm. 39; Töns, Arbeitsunfähigkeit, S. B 70 f.; Rappenecker, DB 1955, 874; Waldeyer, AuR 1971, 185

379 Zur Konkurrenz von Mutterschaftsgeld und Krankenlohn siehe unten S. 140 ff.

Weiterhin unterscheiden sich Mutterschutzlohn und Krankenlohn auch hinsichtlich ihres Umfanges, da sie unter Heranziehung jeweils verschiedener Berechnungsmaßstäbe ermittelt werden.[380] § 11 MuSchG 1968 geht bei der Berechnung grundsätzlich von der Bezugs- oder Referenzmethode aus, modifiziert diese jedoch durch die Einbeziehung des Lohnausfallprinzips dahingehend, daß während oder nach Ablauf des Berechnungszeitraums eingetretene Verdiensterhöhungen zugunsten der Arbeitnehmerin in Ansatz gebracht werden (§ 11 Abs. 2 Satz 1 MuSchG 1968) und andererseits, mit der gleichen Zielsetzung, im Berechnungszeitraum liegende Verdienstkürzungen außer Betracht bleiben, § 11 Abs. 2 Satz 2 MuSchG 1968.

Demgegenüber bestimmt sich die Höhe des Krankenlohnes allein nach dem Lohnausfallprinzip (§ 2 LFG),[381] d.h. es ist der Arbeitnehmerin in diesem Fall grundsätzlich das Arbeitsentgelt fortzuzahlen, das sie verdient, wenn sie nicht durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an der Erbringung ihrer Arbeitsleistung verhindert worden wäre.[382]

Für Arbeitgeber mit nicht mehr als 20 Beschäftigten ist das Verhältnis der hier in Frage stehenden Mutterschutz- und Krankenlohnansprüche schließlich noch unter einem anderen Gesichtspunkt bedeutsam. Diese Inhaber eines sogenannten "Kleinbetriebes"[383] können sich nach § 10 Abs. 1 LFG 80 % des von ihnen an die Arbeiterin gezahlten Krankenlohnes durch die gesetzlichen Krankenkassen

---

380 Vgl. dazu allgemein Bulla, DB 1965, 1517 ff.

381 Doetsch/Schnabel/Paulsdorff, § 2 Anm. 1; Kehrmann/Pelikan, § 2 Anm. 1; Marienhagen, § 2 Anm. 2; a.A. Töns, Arbeitsunfähigkeit, S. C 164, im LFG finde ein "modifiziertes Lohnausfallprinzip" Anwendung; ebenso Schmidt, DOK 1969, 752

382 Allgemeine Definition, vgl. nur Doetsch/Schnabel/Paulsdorff, § 2 Anm. 1

383 Doetsch/Schnabel/Paulsdorff, § 10 Anm. 1; Kehrmann/Pelikan, § 10 Anm. 1; Marienhagen, § 10 Anm. 1

erstatten lassen. Das Mutterschutzrecht kennt dagegen keinen derartigen Erstattungsanspruch hinsichtlich des Mutterschutzlohnes.

Schließlich darf auch nicht übersehen werden, daß eine Arbeiterin nach § 1 Abs. 2 LFG dann überhaupt keinen Krankenlohnanspruch geltend machen kann, wenn ihr Arbeitsverhältnis, ohne ein Probearbeitsverhältnis zu sein, für eine bestimmte Zeit, höchstens jedoch für vier Wochen, begründet ist (Ziffer 1) oder wenn ihre regelmäßige Arbeitszeit wöchentlich zehn Stunden oder monatlich fünfundvierzig Stunden nicht übersteigt. Dem MuSchG 1968 sind solch weitgehende Einschränkungen des Kreises der Anspruchsberechtigten fremd.[384]

Zu dieser, also auch in der Praxis für die Partner des Arbeitsverhältnisses höchst bedeutsamen Frage, welcher Anspruch der Schwangeren beim Zusammentreffen von krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit und mutterschutzrechtlichem Beschäftigungsverbot - wobei die Zeit der Schutzfristen der §§ 3 Abs. 2, 6 Abs. 1 MuSchG 1968 hier ausdrücklich auszunehmen ist[385] - denn nun eigentlich zusteht, werden in der Rechtslehre unterschiedliche Auffassungen vertreten, die hinsichtlich Begründung und Ergebnis voneinander abweichen.

b) Die Lehre von dem Erfordernis der ausschließlichen Kausalität des mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbots für den Arbeitsausfall im Rahmen des § 11 Abs. 1 MuSchG 1968

Die herrschende Meinung[386] sieht in der geschilderten

---

384 Siehe jedoch § 11 Abs. 3 MuSchG 1968

385 Dazu unten S. 140 ff.

386 Bulla/Hackbeil, vor § 3 Anm. 31, 35, § 11 Anm. 10, 22, 24d, 34, 35; Gröninger/Thomas, § 11 Anm. 11c; Heisel/Hiersemann, § 3 Anm. 26, § 11 Anm. 91; Meisel, DB 1966, 860; wohl auch Zmarzlik, AR-Blattei D, Mutterschutz I, unter F I 1; vgl. ferner die Angaben bei Waldeyer, AuR 1971, 186 Fußnote 8

Ausgangslage der Schwangeren ihren Anspruch auf Krankenlohn als vorrangig an.

Das wird zum einen damit begründet, daß gem. dem Wortlaut des § 11 Abs. 1 Satz 1 MuSchG 1968 ("wegen eines Beschäftigungsverbots") ausschließlich das Beschäftigungsverbot die Ursache für die Arbeitsverhinderung darstellen müsse.[387] An diesem Kausalitätserfordernis fehle es, wenn Beschäftigungsverbot und Arbeitsunfähigkeit gemeinsam einer Tätigkeit der Schwangeren entgegenständen. Dann könne das mutterschutzrechtliche Beschäftigungsverbot hinweggedacht werden, ohne daß die Frau als arbeitsfähig anzusehen sei. Damit sei in solchen Fällen die ausdrücklich dem Gesetz zu entnehmende Voraussetzung für ein Eingreifen der Mutterschutzlohnverpflichtung des Arbeitgebers nach § 11 Abs. 1 MuSchG 1968 nicht mehr gegeben.

Des weiteren kann sich diese Auffassung auf die Entstehungsgeschichte des § 11 MuSchG 1968 und dabei insbesondere auf den Schriftl. Bericht des Ausschusses für Arbeit des BT stützen, in dem es heißt:[388] "Voraussetzung für die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Fortzahlung des bisherigen Durchschnittsverdienstes ist, daß die Frau nicht krank im Sinne der Reichsversicherungsordnung ist. In diesem Falle (scil. im Falle der Krankheit) steht ihr nur der Anspruch auf Lohnfortzahlung nach den Vorschriften über die Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle zu."

c) Die Lehre von der differenzierten Bewertung der Krankheitsursache

Eine Mindermeinung[389] beantwortet die Konkurrenzfrage dagegen nicht generell im Sinne der Vorrangigkeit des Kran-

---

387 Bulla/Hackbeil, § 11 Anm. 24d; Gröninger/Thomas, § 11 Anm. 11; Meisel DB 1966, 860

388 BTDrucks. zu IV/3652, S. 6

389 Schmatz/Zmarzlik, § 11 Anm. 7; Reyer, JR 1969, 134; Zmarzlik, AuR 1965, 299 (Text und Fußnote 22); derselbe, BB 1965, 1074; wohl auch Hessel, MuSchG 1968, Erlg. zu § 11 S. 70 f.

lohnlohnanspruchs, sondern differenziert nach dem Erscheinungsbild der Krankheit. Handelt es sich um Beschwerden, die auf der Schwangerschaft beruhen, so kommt nach dieser Auffassung das Beschäftigungsverbot des § 3 Abs. 1 MuSchG 1968 zur Geltung. Die Kausalität zwischen Beschäftigungsverbot und Arbeitsausfall ist damit zu bejahen, und der Schwangeren steht der Lohnersatzanspruch gem. § 11 Abs. 1 MuSchG 1968 gegen ihren Arbeitgeber zu.

Im Falle anderer, "allgemeiner"[390] Krankheiten, "die mit der Schwangerschaft nicht im Zusammenhang stehen,"[391] soll die Arbeitnehmerin dagegen einen Anspruch auf Weiterzahlung des Lohnes nur nach den Vorschriften über die Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle geltend machen können.

d) Die Auffassung Töns'

Auf dem Weg der grammatikalischen Gesetzesinterpretation versucht Töns[392] die Lösung für den Fall zu finden, daß während des Bezugs von Mutterschutzlohn eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit eintritt.

Nach ihm ergibt sich die Antwort aus der unterschiedlichen Wirkung der §§ 1 Abs. 1 Satz 1 LFG, 616 BGB, 63 HGB, 133c GewO und des § 11 MuSchG 1968. Während § 11 MuSchG 1968 eine Norm mit anspruchsbegründendem Charakter sei ("ist der Durchschnittsverdienst weiter zu gewähren"), sollten die §§ 1 LFG, 616 BGB, 63 HGB, 133c GewO (§ 1 S. 1 LFG: "verliert ... nicht den Anspruch auf Arbeitsentgelt") nur die Vernichtung eines anderweit begründeten Anspruchs aufgrund gerade des Hinzutretens der Arbeitsunfähigkeit verhindern.

---

390 Reyer, JR 1969, 134

391 Zmarzlik, AuR 1965, 299 Fußnote 22

392 Arbeitsunfähigkeit, S. C 107 ff.

Für die Dauer von höchstens 6 Wochen bewahrten damit diese Vorschriften dem aus § 11 MuSchG 1968 begründeten Anspruch auf Arbeitsentgelt seine Wirksamkeit. Nach dem Ablauf der 6-Wochen-Frist werde allerdings uneingeschränkt der Satz wirksam, daß der Mutterschutzlohn aus § 11 Abs. 1 MuSchG 1968 nur gefordert werden könne, wenn eines oder mehrere der in dieser Norm aufgeführten Beschäftigungsverbote die alleinige Ursache für die Nichtleistung der Arbeit seien.

Beim Zusammentreffen von mutterschutzrechtlichem Beschäftigungsverbot und krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit könne die erwerbstätige Frau demnach nur für den Zeitraum von 6 Wochen den Mutterschutzlohn von ihrem Arbeitgeber verlangen.

e) Die Auffassung Gamillschegs

Über diese vermittelnde Meinung von Töns hinaus will Gamillscheg[393] die Verpflichtung des Arbeitgebers aus § 11 Abs. 1 MuSchG 1968 auch dann bestehen lassen, wenn die Tätigkeit der Frau nicht nur wegen eines der mutterschutzrechtlichen Verbote, sondern auch als Folge einer länger als 6 Wochen sich hinziehenden Krankheit ausfällt. Gamillscheg ist grundsätzlich ebenfalls der Auffassung, ein mutterschutzrechtliches Beschäftigungsverbot müsse, um die Rechtsfolge des § 11 MuSchG 1968 auslösen zu können, für den Arbeitsausfall ursächlich sein. Dieses Kausalitätserfordernis dürfe indes nicht losgelöst gesehen werden, es sei vielmehr am Sinn der mutterschutzrechtlichen Regelung zu messen. Der daher zu beachtende Leitgedanke des Gesetzes gehe jedoch gerade dahin, der werdenden Mutter den Lohn unter allen Umständen zu erhalten. Angesichts dieser klaren Aussage des Mutterschutzrechts sei dann nicht einzusehen, warum es dem Arbeitgeber zugute kommen solle, wenn die Arbeitnehmerin zusätzlich zur

393 RdA 1968, 118

Beschwer ihrer Schwangerschaft durch eine längerfristige Krankheit belastet werde.[394]

Ein derartiges, unter sozialem Gesichtspunkten offensichtlich unbefriedigendes Ergebnis könne seine Rechtfertigung niemals aus dem bloßen Verweis auf die in § 11 MuSchG 1968 enthaltenen Worte "wegen eines Beschäftigungsverbots" ableiten.

f) Die neuere Auffassung in der Literatur (Waldeyer)

Ausführlich hat sich in neuerer Zeit vor allem Waldeyer[395] mit dem Verhältnis von Mutterschutz- und Krankenlohn befaßt. Er unterzieht, bevor er den eigenen Weg zur Lösung weist, die eben dargestellten Meinungen einer kritischen Würdigung.

aa) Die Kritik an Töns

Gegen die von Töns vorgenommene grammatikalische Gesetzesinterpretation wendet er zu Recht ein, daß sich aus den verschiedenen Formulierungen der in Frage stehenden Gesetzesvorschriften (§§ 616 BGB, 63 HGB, 133c GewO, § 1 LFG einerseits und § 11 MuSchG 1968 andererseits) keine unterschiedlichen sachlichen Folgerungen herleiten ließen. Alle Normen bezweckten übereinstimmend, die allgemeine Regel des § 323 Abs. 1 BGB nicht zur Anwendung kommen

---

394 Auch Mayr, AuR 1953, 304 f., hatte bereits darauf hingewiesen, daß in diesen Fällen, wo die werdende Mutter vielleicht am dringendsten auf ihr Einkommen angewiesen und die Gefährdung für sie und das zu erwartende Kind am größten sei, der Grundsatz des MuSchG, "die erwerbstätige Mutter im Falle der Schwangerschaft und für die Zeit nach der Entbindung möglichst vor jeder Sorge um die Erhaltung ihres Einkommens und die Sicherheit ihres Unterhalts (zu) bewahren," gerade nicht wirksam werde. Das aber könne kaum in der Absicht des Gesetzgebers liegen.

395 AuR 1971, 185 ff.

zu lassen und so der Arbeitnehmerin, die die jeweiligen Voraussetzungen erfüllt, in Abweichung von dem Grundsatz "Ohne Arbeit kein Lohn"[396] den Anspruch auf das Arbeitsentgelt zu erhalten.

Bei diesen sachlichen Gemeinsamkeiten erscheint es in der Tat kaum überzeugend, den Bestimmungen über die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall im Wege der allein auf die Berücksichtigung des Formalen beschränkten grammatikalischen Gesetzesinterpretation eine von dem § 11 MuSchG 1968 derart abweichende Rechtswirkung beizulegen und von daher das Konkurrenzproblem zwischen Mutterschutz- und Krankenlohn lösen zu wollen.

bb) Die Kritik an der Lehre von der ausschließlichen Kausalität zwischen Beschäftigungsverbot und Arbeitsausfall im Rahmen des § 11 Abs. 1 MuSchG 1968

Die oben[397] angeführten Kausalitätserwägungen der h.L. hält Waldeyer gleichfalls für nicht sachgerecht. Er weist dabei im Anschluß an Töns[398] insbesondere auf ein "Dilemma"[399] dieser Auffassung hin, das von ihren Vertretern anscheinend bisher noch nicht bemerkt wurde.

Mit dem Argument, in § 11 MuSchG 1968 sei eine ausschließliche Kausalität zwischen Beschäftigungsverbot und Arbeitsausfall gefordert, verweist die h.M. eine Schwangere beim Zusammentreffen von Krankheit und mutterschutzrechtlichem Beschäftigungsverbot auf die Vorschriften über die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle. Aus diesen steht der werdenden Mutter nun jedoch gleichfalls kein Anspruch auf Lohnfortzahlung zu, weil auch im Rahmen der §§ 616 BGB, 63 HGB, 133c GewO, 1 LFG eine ausschließliche

---

396 Siehe dazu Anm. 156

397 S. 127 f.

398 Arbeitsunfähigkeit, S. C 110

399 Töns, a.a.O., S. C 110

Kausalität, diesmal zwischen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit und Arbeitsverhinderung, gefordert wird.[400]

Damit kann die erwerbstätige Frau nach Ansicht der h.L. im Falle der Kumulation von Krankheit und Beschäftigungsverbot weder Mutterschutzlohn nach § 11 Abs. 1 MuSchG 1968 noch Krankenlohn gem. den §§ 616 BGB, 63 HGB, 133c GewO, 1 LFG verlangen. Mutterschutzlohn steht ihr nicht zu, da sie neben dem Beschäftigungsverbot noch durch die Krankheit an der Erbringung der Arbeitsleistung verhindert ist. Krankenlohn wird ihr nicht gewährt, weil Krankheit und mutterschutzrechtliches Verbot gemeinsam den Arbeitsausfall bedingen.

Die von der h.L. für den Bereich des § 11 MuSchG 1968 aufgestellte Voraussetzung der ausschließlichen Kausalität zwischen Beschäftigungsverbot und Arbeitsausfall führt beim gleichzeitigen Vorliegen von Beschäftigungsverbot und Krankheit zu einem zwar logisch einwandfreien, sozialpolitisch aber - angesichts der doppelten Belastung der Schwangeren - nicht vertretbaren und wohl auch kaum den Intentionen und Absichten des Gesetzgebers entsprechenden Ergebnis.[401]

---

400 Brecht, § 1 Anm. 3; Doetsch/Schnabel/Paulsdorff, § 1 Anm. 14; Kaiser, § 1 Anm. 29; Kehrmann/Pelikan, § 1 Anm. 38; Marienhagen, § 1 Anm. 21 f.; Schmatz/Fischwasser, Vergütung der Arbeitnehmer bei Krankheit und Mutterschaft, § 1 LFG S. C 107; Brill, DB 1972, 532; Jäger, S. 72; Mitzelmann, DB 1971, 288 f.; Triesch-ann, AuR 1969, 356; derselbe, Anm. zu BAG vom 24.6. 1965 und vom 14.8.1969, AP Nr. 23 und 32 zu § 2 ArbKrkhG.
Für das Ausreichen der Mitursächlichkeit i.R. des § 1 Abs. 1 LFG jedoch BAG vom 14.8.1969, AP Nr. 32 zu § 2 ArbKrkhG und Waldeyer, DB 1972, 680

401 Demgegenüber scheinen Gröninger/Thomas, § 11 Anm. 11c, in diesen Fällen einen Anspruch der erkrankten Schwangeren gem. den §§ 616 BGB, 63 HGB, 133c GewO, 1 LFG für gegeben anzusehen. Indes fehlt bei ihnen jegliche Begründung, wieso der aufgrund dieser Vorschriften zu gewährende Anspruch nicht gleichfalls an dem Nichtvorliegen der allgemein geforderten ausschließlichen Kausalität scheitert.

cc) Die Lösung Waldeyers im einzelnen

α) Für § 11 Abs. 1 MuSchG 1968 reicht die Mitursächlichkeit des mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbots

Trotz dieser scharfen Kritik an der Lehre von der ausschließlichen Kausalität des Beschäftigungsverbots gibt auch Waldeyer[402] zu, daß aufgrund des Gesetzeswortlauts ("wegen eines Beschäftigungsverbots") das Verbot für den Arbeitsausfall ursächlich gewesen sein muß, um den Anspruch auf Mutterschutzlohn nach § 11 MuSchG 1968 auslösen zu können.[403]

"Die entscheidende Frage geht jedoch dahin, ob eine ausschließliche Kausalität des Beschäftigungsverbotes gegeben sein muß oder ob eine Mitursächlichkeit ausreicht."[404]

Nachdem das Erfordernis der ausschließlichen Kausalität unter Berücksichtigung der sonst unhaltbaren Ergebnisse entgegen der h.M. aufzugeben sei, müsse man also davon ausgehen, daß es zum Eingreifen der Norm ausreiche, wenn i.R. des § 11 MuSchG 1968 das mutterschutzrechtliche Beschäftigungsverbot und bei den §§ 616 BGB, 63 HGB, 133c GewO, 1 LFG[405] die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit (zumindest) eine Ursache für die Arbeitsverhinderung darstellten. Könne die werdende Mutter aufgrund eines mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbots nicht ihrer Arbeit nachgehen, so habe es auf das Bestehen der Kausalkette Beschäftigungsverbot - Nichtleistung der Arbeit keinen Einfluß, wenn der Arbeitsausfall zusätzlich noch

---

402 AuR 1971, 187

403 Vgl. dazu auch BAG vom 31.3.1969, AP Nr. 2 zu § 11 MuSchG 1968; weiter Bulla/Hackbeil, § 11 Anm. 22 ff.; Meisel/Hiersemann, § 11 Anm. 11; Schmatz/Zmarzlik, § 11 Anm. 7; Schneider-Danwitz, NJW 1968, 195. Von der grundsätzlichen Bedeutung dieser Kausalbeziehung geht auch Gamillscheg, RdA 1968, 118, aus.

404 Waldeyer, AuR 1971, 187

405 Siehe dazu auch Waldeyer, DB 1972, 680

auf eine Krankheit zurückzuführen sei. Im gleichen Sinn habe sich auch das BAG in einem neueren Urteil[406] für § 1 ArbKrkhG geäußert.

Nach Waldeyers Auffassung sind daher in den hier geschilderten Ausgangsfällen sowohl die Tatbestandsvoraussetzungen des § 11 MuSchG 1968 als auch, wenn die erwerbstätige Frau die jeweiligen Tätigkeitsmerkmale aufweist, der §§ 616 BGB, 63 HGB, 133c GewO und des § 1 LFG erfüllt.

Damit ist indes noch nicht die weitere Frage beantwortet, ob beide Aussprüche nun gleichberechtigt in der Form der Anspruchskonkurrenz nebeneinander geltend gemacht werden können oder ob nicht doch einem von ihnen der Vorrang gebührt.

Aus der Funktion der jeweiligen Gesetzesvorschriften[407] ergibt sich nach Waldeyer, daß der Frau auch bei einer derartigen doppelten Belastung durch Schwangerschaft und Krankheit doch nur ein Anspruch auf Arbeitsentgelt zustehen könne.[408] Angesichts der jeweils unterschiedlichen Rechtsfolgen, die sich aus der Anwendung des § 11 Abs. 1 MuSchG 1968 einerseits und der §§ 616 BGB, 63 HGB, 133c GewO, 1 LFG andererseits für Arbeitgeber und Arbeitnehmerinnen ergäben,[409] dürfe die sich damit stellende Frage keinesfalls unbeantwortet gelassen werden.

ß) Der Vorrang des § 11 Abs. 1 MuSchG 1968 als Folge eines umfassenden Vergleichs der Vorschriften über die Lohnausfallerstattung

Bei dem Vergleich der §§ 616 BGB, 63 HGB, 133c GewO, 1 LFG

---

406 BAG vom 14.8.1969, AP Nr. 32 zu § 2 ArbKrkhG unter Berufung auf RG JW 1909, 361

407 Siehe oben S. 131 f.

408 So auch Töns, Arbeitsunfähigkeit, S. C 110, der das, zutreffend, als im Rahmen jeder Anspruchskonkurrenz "selbstverständlich" bezeichnet.

409 Siehe oben S. 125 ff.

mit den Lohnfortzahlungsregelungen des Mutterschutzrechts kommt Waldeyer[410] zu folgendem Ergebnis.

Die gesetzlichen Vorschriften über die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall sehen nur eine zeitlich begrenzte, nämlich auf 6 Wochen beschränkte Risikoverteilung vor. Höchstens für die Dauer dieser Frist ist dem Arbeitnehmer das Risiko, aufgrund der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit eine Verdiensteinbuße zu erleiden, abgenommen.

Das MuSchG 1968 verfolgt dagegen mit der Bestimmung des § 11, wonach der Arbeitgeber in allen Fällen, in denen die Schwangere außerhalb der generellen Schutzfristen wegen eines Beschäftigungsverbots ganz oder teilweise mit der Arbeit aussetzen muß, zur Weiterzahlung des Mutterschutzlohnes verpflichtet ist, den Leitgedanken, daß den Arbeitnehmerinnen aus einem mutterschutzrechtlich bedingten Beschäftigungsverbot keine finanziellen Nachteile in der Form der Lohneinbuße erwachsen sollen. In diesem Bereich ist die Entgeltsicherung für den geschützten Personenkreis also zeitlich unbegrenzt und lückenlos.

Daraus zieht Waldeyer den Schluß, der Gesetzgeber habe eindeutig zu verstehen gegeben, die erwerbstätige Frau solle im Falle einer schwangerschaftsbedingten Arbeitsverhinderung besser geschützt sein als wenn die Ursache der Nichtarbeit in einer Krankheit zu erblicken sei. Diese gesetzliche Wertung werde von der h.M. völlig außer acht gelassen. Bei einem Zusammentreffen von Beschäftigungsverbot und Krankheit dürfe daher die Schwangere nicht auf den zeitlich begrenzten Bezug des Krankenlohnes verwiesen werden. Das hier anzuwendende argumentum a for-

---

410 AuR 1971, 188

tiori[411] führt nach Waldeyer vielmehr zwingend zur Anwendung der umfassenderen Norm, also des § 11 Abs. 1 MuSchG 1968. Nur die hierin enthaltenen Berechnungsgrundsätze entsprächen schließlich auch den sozialpolitischen Zielsetzungen des Mutterschutzes.

Der entgegenstehende Inhalt der Gesetzesmaterialien[412] könne an diesem Ergebnis nichts ändern, denn die dort geäußerten Vorstellungen der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe hätten im Gesetz selbst keinen entsprechenden, erkennbaren Niederschlag gefunden.[413]

Im Gegenteil lasse sich aus dem Gesetz ein Anhaltspunkt für den Vorrang des Mutterschutzlohnes entnehmen. In Fortführung der mutterschutzrechtlichen Entgeltsicherung habe der Gesetzgeber der werdenden Mutter den Anspruch auf Mutterschutzlohn gem. § 11 Abs. 1 MuSchG 1968 jetzt auch dann zugestanden, wenn sie wegen eines individuellen Beschäftigungsverbots nach § 3 Abs. 1 MuSchG 1968 völlig mit der Arbeit aussetzen müsse. Da man in diesen Fällen aber regelmäßig vom Vorliegen eines anomalen Schwangerschaftsverlaufs und damit vom Vorliegen einer Krankheit ausgehen könne, habe der Gesetzgeber durch die Einbeziehung des § 3 Abs. 1 MuSchG 1968 in die Regelung des § 11 Abs. 1 MuSchG 1968 deutlich zu verstehen gegeben, daß auch bei einem Zusammentreffen von krankheitsbedingter Arbeitsverhinderung und mutterschutzrechtlichem Beschäftigungsverbot der Schwangeren der für sie günstigere Anspruch auf Mutterschutzlohn zustehen solle.

---

411 Dazu hatte bereits Gamillscheg, Festschrift für Molitor, S. 69, bemerkt, es sei nicht recht einzusehen, warum eine Arbeitnehmerin bei doppelter Beschwer durch Krankheit und Schwangerschaft schlechter dastehen solle als ihre weniger beschwerten arbeitsfähigen Schicksalsgefährtinnen.
Löns, Arbeitsunfähigkeit, S. C 110, meint schließlich sogar, eigentlich müßte doch die doppelte Bedrohung der wirtschaftlichen Existenz (scil. durch Schwangerschaft und Krankheit), die ein doppeltes Schutzbedürfnis zur Folge hat, mit einer doppelten Sicherung bedacht werden.

412 Vgl. oben S. 128

413 Auch Gamillscheg, Festschrift für Molitor, S. 70, wies schon auf die Unverbindlichkeit von derartigen Äußerungen der Berichterstatter hin; siehe ferner Anm. 202

dd) Die eigene Stellungnahme

Waldeyer kommt neben Töns das Verdienst zu, im Wege der kritischen Gesamtanalyse die sozial untragbaren Konsequenzen aufgezeigt zu haben, die sich im Einzelfall aus dem Beharren der h.M. auf dem Erfordernis der ausschließlichen Kausalität zwischen mutterschutzrechtlichem Beschäftigungsverbot und Arbeitsverhinderung ergeben. Er geht jedoch dann, um die sachgerechte Lösung zu finden, in Abweichung von Töns nicht den formalen Weg der hier kaum überzeugenden[414] grammatikalischen Gesetzesinterpretation, sondern nimmt vielmehr den Ausgangspunkt Gamillschegs auf, indem er den "Leitgedanken des Gesetzes"[415] oder, wie er es nennt, "die gesetzliche Wertung" bzw. "die sozialpolitischen Zielsetzungen des Mutterschutzgesetzes"[416] zum entscheidenden Kriterium macht.

Wie Gamillscheg mißt auch Waldeyer dabei den Kausalitätserwägungen noch eine, dem Gesetzeswortlaut unmittelbar zu entnehmende eigene Bedeutung zu. Diese wird jedoch durch den Hinweis auf die sonst unerwünscht harten und auch mit den Absichten des Gesetzgebers nicht in Einklang zu bringenden Einzelfallergebnisse auf das Erfordernis der bloßen Mitursächlichkeit reduziert. Eine Auffassung, die die sachlich zwingenden Argumente auf ihrer Seite hat und überdies ebenfalls vom Wortlaut des § 11 Abs. 1 MuSchG 1968 gedeckt wird.[417]

Zu überzeugen vermögen weiterhin die Ausführungen Waldeyers, mit denen er darlegt, daß der Gesetzgeber den werdenden Müttern und Wöchnerinnen aufgrund ihrer speziellen Situation einen gegenüber den "normalen" Kranken gesteigerten Schutz zuteil werden lassen will. Das und die besondere soziale Bedeutung der zu diesem Zweck erlassenen

---

414 Insoweit ist den von Waldeyer gegen Töns angeführten Argumenten nichts hinzuzufügen.

415 So Gamillscheg, RdA 1968, 118

416 Siehe Waldeyer, AuR 1971, 188

417 Vgl. BAG vom 14.8.1969, AP Nr. 32 zu § 2 ArbKrkhG

gesetzlichen Vorschriften für die Rechtswirklichkeit wurde im Verlauf dieser Arbeit bereits mehrfach erwähnt. Darauf kann hier unterstützend Bezug genommen werden.

Nur die Auffassung, bei einem Zusammentreffen von mutterschutzrechtlichem Beschäftigungsverbot und krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit sei nicht der zeitlich beschränkte Krankenlohn gem. den §§ 616 BGB, 63 HGB, 133c GewO, 1 LFG, sondern der zeitlich unbegrenzte Mutterschutzlohn gem. § 11 Abs. 1 MuSchG 1968 zu gewähren, wird den Absichten des Gesetzgebers gerecht und berücksichtigt dadurch in ausreichendem Maße die zugrunde liegenden sozialen Gesichtspunkte.

Die im Schrifttum gleichfalls vertretene Ansicht,[418] entscheidend sei bei dieser Frage, ob die Krankheit allgemeiner Natur sei oder ob sie mit der Schwangerschaft zusammenhänge, erscheint schon aufgrund unmittelbar einsichtiger medizinischer Überlegungen wenig praktikabel. Infolge des sehr häufig auftretenden Ineinandergreifens mehrerer, nicht eindeutig von einander abgrenzbarer Ursachen einer körperlichen Schwäche wird sich, vor allem im Zusammenhang mit einem sehr komplexen Krankheitsbild, bei der betreffenden Frau wohl kaum jemals genau feststellen lassen, ob die Arbeitsverhinderung gerade in der Schwangerschaft ihren Ursprung hat oder nur als Folge einer allgemeinen Krankheit anzusehen ist.[419]

Als Folge der hier vertretenen Auffassung, ausschließlich die Annahme der Vorrangigkeit des Mutterschutzlohnes gegenüber dem Anspruch auf Krankenlohn werde der allgemeinen Zielsetzung[420] und praktischen Bedeutung des gesetzlichen

---

418 Siehe Anm. 389

419 Gamillscheg, AcP 167, S. 476, bezweifelt überhaupt die Möglichkeit einer solchen Unterscheidung.

420 Dazu schließlich auch BAG vom 19.12.1966, AP Nr. 3 zu § 12 MuSchG, wonach es das Hauptziel des Mutterschutzgesetzes ist, "den Schutz der im Arbeitsverhältnis stehenden Mütter möglichst vollständig zu gestalten".

Mutterschutzes gerecht, ergeben sich - verglichen mit der gem. der h.M. geltenden Rechtslage, wonach sich in diesen Fällen die Weiterzahlung des Lohnes ausschließlich nach den §§ 616 BGB, 63 HGB, 133c GewO, 1 LFG richtet - für den einzelnen Arbeitgeber die schon oben[421] angeführten finanziellen Mehrbelastungen. Diese Feststellung vermag indes das im Wege einer umfassenden, auch die gesetzlichen Wertungen mit einbeziehenden Betrachtung gefundene Ergebnis nicht zu verändern.

Die Ansicht, eine Schwangere behalte auch beim Zusammentreffen von mutterschutzrechtlichem Beschäftigungsverbot und Krankheit ihren Anspruch auf Mutterschutzlohn gem. § 11 Abs. 1 MuSchG 1968, bedeutet ja nicht, daß dadurch den Arbeitgebern eine zusätzliche Beschwer auferlegt wird, die offensichtlich über den Rahmen der durch das Mutterschutzrecht den Arbeitgebern übertragenen Verpflichtungen hinausgeht und deshalb für diese, auch nach der Ansicht des Gesetzgebers, unzumutbar und damit unzulässig ist.[422] Sie entspringt vielmehr gerade einer Anwendung der gesetzgeberischen Intentionen auf den Einzelfall und kann somit für sich in Anspruch nehmen, die im Gesetz selbst enthaltenen Interessenwertungen besonders sorgfältig zu berücksichtigen.

So ist denn in der im übrigen doch recht umfassenden Diskussion des Problems diesem Gesichtspunkt der möglicherweise übermäßigen Belastung des Arbeitgebers zu Recht kein entscheidendes Gewicht beigelegt worden.

2) Die Konkurrenz von Mutterschaftsgeld und Krankenlohn, § 1 Abs. 2 Nr. 3 LFG

Wird die erwerbstätige Frau während der Schutzfristen der §§ 3 Abs. 2, 6 Abs. 1 MuSchG 1968 arbeitsunfähig krank, so ergibt sich gleichfalls eine Konkurrenzsituation, dieses Mal jedoch zwischen dem gegen die Krankenkasse ge-

---

421 S. 125 ff.

422 Siehe dazu BAG vom 24.6.1960, AP Nr. 1 zu § 8 MuSchG

richteten Anspruch auf Mutterschaftsgeld, der unter den Voraussetzungen des § 14 MuSchG 1968 von dem Anspruch auf Zuschuß gegen den Arbeitgeber ergänzt wird, und der Möglichkeit, aufgrund der Vorschriften über die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall den Lohn weiterverlangen zu können.

Während in der Vergangenheit Rspr. und Literatur bei der Beantwortung der sich daraus ergebenden Frage, welche Norm denn nun die bestimmende sei, durchaus differierende Ansichten vertraten,[423] ist hier jetzt für den Kreis der Arbeiterinnen eine ausdrückliche Klärung durch den Gesetzgeber erfolgt.

---

423 Das BAG hatte sich in 2 Entscheidungen (vom 14.10.1954, AP Nr. 1 zu § 13 MuSchG und vom 26.8.1960, AP Nr. 20 zu § 63 HGB) auf den Standpunkt gestellt, der gegen die Krankenkasse gerichtete Anspruch auf Gewährung des Mutterschaftsgeldes gehe dem gesetzlichen Krankenlohnanspruch vor. Zum einen sei die Erkrankung während der Schutzfristen für das Aussetzen mit der Arbeit nicht kausal und zum anderen schließe bei einer derartigen Ausgangssituation § 13 MuSchG 1952 als lex specialis eine Heranziehung der allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen über die Entgeltfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit aus.
Diese Ansicht des BAG war überwiegend auf Zustimmung im Schrifttum gestoßen, so bei Hueck/Nipperdey, ArbR Bd. I, S. 728, Fußnote 47; Nikisch, ArbR Bd. I, S. 639; Hessel, Krankheit im Arbeitsrecht, S. 69 f.; Köst, § 3 Anm. 2; Camillscheg, Festschrift für Molitor, S. 62; Hueck, Anm. zu BAG vom 14.10.1954, AP Nr. 1 zu § 13 MuSchG und zu BAG vom 24.6.1960, AP Nr. 20 zu § 63 HGB.
Vereinzelt wurde sie hingegen unter Hinweis auf § 13 Abs. 2 MuSchG 1952 abgelehnt, so von Bulla/Hackbeil, vor § 3 Anm. 38; Arning, Anm. zu BAG vom 14.10.1954, BABl. 1955, 259; Bulla, ArbRdG 1964, S. 74; derselbe, Anm. zu BAG vom 14.10.1954, AR-Blattei D, Mutterschutz, Entscheidungen Nr. 5

Gem. § 1 Abs. 2 Nr. 3 LFG ist der Anspruch auf Lohnfortzahlung für den Zeitraum ausgeschlossen, für den eine Arbeiterin Anspruch auf Mutterschaftsgeld nach § 200 RVO oder nach § 13 Abs. 2 MuSchG 1968 hat.[424] Das gilt indes nicht nur für einen Anspruch aus § 1 Abs. 1 LFG, sondern, über den Wortlaut des § 1 Abs. 2 Nr. 3 LFG hinaus, auch für einen eventuell aus den §§ 616 BGB, 63 HGB, 133c GewO herzuleitenden Lohnfortzahlungsanspruch.[425]

Erkrankt eine Arbeitnehmerin während der Schutzfristen der §§ 3 Abs. 2, 6 Abs. 1 MuSchG 1968, so erhält sie weiterhin Mutterschaftsgeld gem. § 200 RVO bzw. § 13 Abs. 2 MuSchG 1968. Lohnfortzahlung durch ihren Arbeitgeber kann sie in diesem Fall nicht verlangen.[426]

IV Der Lohnanspruch der Schwangeren und Wöchnerinnen bei Arbeitsausfall infolge von Anordnungen oder Maßnahmen gem. § 2 MuSchG 1968

1) Die verneinende Auffassung

Teilweise wird in der Literatur der Entgeltanspruch der werdenden oder stillenden Mütter für die Zeit verneint, in der sie aufgrund von Anordnungen oder Maßnahmen des

---

424 Damit hat sich der Gesetzgeber die vom BAG und der Mehrzahl des Schrifttums (vgl. Anm. vorher) vertretene Ansicht zu eigen gemacht; ebenso Trieschmann, BABl. 1969, 535 und Marienhagen, § 1 Anm. 50. Als Beleg für diese Behauptung kann auch der Regierungsentwurf eines Gesetzes über die Fortzahlung des Arbeitsentgelts herangezogen werden, in dem es zur Begründung des dem heutigen § 1 Abs. 2 Nr. 3 LFG entsprechenden § 1 Abs. 2 Nr. 2 heißt (vgl. BTDrucks. IV/817, S. 9): "Die Regelung ... entspricht der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (Urteil vom 14.10. 1954 - 2 AZR 30/53) ..."

425 Marienhagen, § 1 Anm. 50; Waldeyer, AuR 1971, 185

426 Dazu, ob dieses Ergebnis sich schon zwingend aus allgemeinen Kausalitätserwägungen herleiten läßt, § 1 Abs. 2 Nr. 3 LFG deshalb als eine überflüssige und in mancher Hinsicht sogar irreführende Vorschrift anzusehen ist, vgl. Kitzelmann, DB 1971, 288 f., der das bejaht und Töns, Arbeitsunfähigkeit S. C 156 ff. sowie DB 1972, 826 ff., der das verneint.

§ 2 MuSchG 1968 ihrer Arbeit nicht nachgehen.[427] Zur Begründung wird dabei angeführt,[428] in § 2 MuSchG 1968 fehle eine dem § 7 Abs. 2 Satz 1 MuSchG 1968 entsprechende Vorschrift, so daß man davon ausgehen könne, der Gesetzgeber habe die tatsächlich zwar ähnlichen Fälle rechtlich doch unterschiedlich behandeln wollen.

Weiterhin beinhalte § 2 MuSchG 1968 kein Beschäftigungsverbot. Daher könne auch nicht die Mutterschutzlohnverpflichtung des Arbeitgebers gem. § 11 Abs. 1 MuSchG 1968 in Betracht kommen, die, wie aus der Regelung des § 11 Abs. 1 MuSchG 1968 unmittelbar hervorgehe, das Vorliegen eines Beschäftigungsverbots als unbedingte Tatbestandsvoraussetzung aufstelle. Auf einen Arbeitsausfall, der sich im Zusammenhang mit § 2 MuSchG 1968 ergebe, werde in dieser Vorschrift kein Bezug genommen.[429]

Scheint diese Ansicht somit zwar den Wortlaut des Gesetzes auf ihrer Seite zu haben, so ist doch zu bemerken, daß sie wohl kaum mit dem gerade in dieser Arbeit wiederholt als Ziel des gesetzlichen Mutterschutzes herausgestellten Gedanken des lückenlosen Entgeltschutzes übereinstimmt. Es muß deshalb fraglich erscheinen, ob eine derart formalistische Argumentation[430] wirklich den Absichten des Gesetzgebers gerecht wird.

2) Die bejahende Auffassung

In der Rechtslehre vertritt denn auch ein gewichtiger Teil der Autoren die entgegengesetzte Auffassung. Sie wollen der zu ihrem eigenen und des Kindes Schutz mit der Arbeit aussetzenden Frau weiterhin den ungekürzten Lohn belassen.

Zum einen wird das mit dem Hinweis belegt, das Ausruhen gem. § 2 Abs. 2 MuSchG 1968 oder die Unterbrechung gem.

---

427 Hessel, MuSchG 1968, Erlg. zu § 2 S. 15; Köst, § 2 Anm. 4; Zmarzlik, ZuR 1965, 296

428 Hessel, a.a.O.

429 Vgl. Hessel, MuSchG 1968, Erlg. zu § 2; Köst, § 2 Anm. 4; Zmarzlik, BB 1965, 1072; derselbe, AuR 1965, 296;

430 So Bulla/Hackbeil, § 2 Anm. 76

§ 2 Abs. 3 MuSchG 1968 könne sowieso immer nur "kurz" sein. Da aber nach dem Grundsatz "minima non curat praetor" Geringfügiges rechtlich unerheblich sei, dürfe schon aus diesem Grunde eine nur geringfügige Fehlzeit nicht zur Lohnminderung herangezogen werden.[431] Zudem kalkuliere der Arbeitgeber bei allen Arbeitnehmern ein, daß diese während der Arbeitszeit gewisse kurze Erholungspausen für sich in Anspruch nähmen, ohne ein solches Verhalten gleich zum Anlaß einer Lohnkürzung zu machen. Entsprechend müsse dann jeder Arbeitgeber, bei dem unter Mutterschutz stehende Frauen tätig seien, bei diesen Arbeitnehmerinnen aus Gründen der Erholung im spezifisch mutterschutzrechtlichen Sinn einen etwas höheren Arbeitsausfall berücksichtigen, ohne Lohnabzüge vornehmen zu können.[432]

Die zeitliche Geringfügigkeit der jeweiligen Arbeitsunterbrechung der Schwangeren erkennt auch Bulla.[433] Er legt jedoch demgegenüber das Schwergewicht auf die Regelmäßigkeit, mit der es während eines oftmals längeren Zeitraums immer wieder zu solchen Erholungspausen kommt,[434] und sieht von daher in der Versagung des Lohnanspruchs für diese Fälle, die sich aufgrund der unbestreitbaren Häufigkeit der Freistellung im Ergebnis zu einer spürbaren Verringerung des Entgelts ausweiten könnte, eine unbedingt zu vermeidende "Vereitelung des vollkommenen Mutterschutzes".[435] Nach ihm läßt die o.a. Auffassung, aus dem Fehlen einer ausdrücklichen Regelung sei als Folge

---

431 Gröninger/Thomas, § 2 Anm. 9

432 Wie Anm. vorher

433 Bulla/Hackbeil, § 2 Anm. 76

434 Dieser den gesamten Komplex umfassend berücksichtigende Hinweis Bullas auf die in der Praxis eintretende Summierung der hier in Frage stehenden Fehlzeiten macht deutlich, daß die eben erwähnte Behauptung, derartige Arbeitsausfälle seien nur geringfügig und daher rechtlich bedeutungslos, infolge einer zu eingeschränkten Betrachtungsweise von falschen tatsächlichen Voraussetzungen ausgeht und deshalb in dieser Form kaum zutreffen kann.

435 Bulla/Hackbeil, § 2 Anm. 76

die Nichtentlohnung der den Schwangeren gem. § 2 MuSchG 1968 zugestandenen Freizeiten zu entnehmen, die in § 11 MuSchG 1968 zum Ausdruck gekommenen allgemeinen Grundsätze unberücksichtigt, welche die Entgeltregelung des Mutterschutzrechts bestimmen. § 11 und § 7 Abs. 2 MuSchG 1968 könne wohl die Zielsetzung entnommen werden, den geschützten werdenden Müttern und Wöchnerinnen auch für die Dauer der schwangerschaftsbedingten Nichtarbeit das Arbeitsentgelt ungeschmälert zu erhalten.[436] Nur die Zuerkennung eines Entgeltanspruchs im Ausgangsfall entspreche dieser Zielsetzung. Ihr sei daher als der - im Vergleich zur allein bei der Betrachtung des Gesetzeswortlauts stehengebliebenen Gegenmeinung - sachgerechteren Lösung der Vorzug zu geben.[437]

3) Die Beurteilung des Streitstandes

Die Darstellung dieser Auffassungen, welche unmittelbar nur einen mit § 2 MuSchG 1968 zusammenhängenden Problemkreis betreffen, läßt wiederum jene Tendenz in der Rechtslehre erkennen, die Beantwortung von Einzelfragen auf dem Gebiet des gesetzlichen Mutterschutzes in erster Linie nicht unter formaljuristischen Gesichtspunkten zu versuchen, sondern sie - insoweit gerade auch in Übereinstimmung mit den Grundentscheidungen der Verfassung - an der Zielsetzung des Mutterschutzrechts, die Sicherung des angesprochenen Personenkreises möglichst umfassend zu gewährleisten, auszurichten.

---

436 Das entspricht der, in anderem Zusammenhang geäußerten, Auffassung Gamillschegs, der Leitgedanke des Gesetzes gehe dahin, der werdenden Mutter den Lohn unter allen Umständen zu erhalten; vgl. RdA 1968, 118

437 Ihm folgend Aye, § 2 Anm. 8, der den Anspruch der Frau auf Arbeitsentgelt bejaht, "um (so) dem Zweck des Gesetzes gerecht zu werden".
Im Ergebnis ebenso Gröninger/Thomas, § 2 Anm. 9 und vermutlich auch Meisel/Hiersemann, § 2 Anm. 12, die den Anspruch ausdrücklich nur dann versagen wollen, wenn die Arbeitnehmerin von der Befugnis zu "kurzen" Pausen übermäßigen Gebrauch macht.

V Zusammenfassende Betrachtung der mutterschutzrechtlichen Entgeltsicherung

Die Untersuchung, ob Rspr. und Rechtslehre bei der Behandlung von Einzelfragen auf dem Gebiet der mutterschutzrechtlichen Entgeltsicherung den grundsätzlichen Aussagen der Art. 20, 28 GG und des Art. 6 Abs. 4 GG sowie den entsprechenden Absichten des Gesetzgebers in der Rechtswirklichkeit Geltung verschaffen, ergibt, wie zusammenfassend festgestellt werden kann, ein uneinheitliches Bild.

1) Die Tendenz in der Rechtsprechung des BAG

Während das BAG in einem Teilbereich die von ihm selbst durch eine frühere Entscheidung geschaffene Lücke aufgrund eines entgegengesetzten Urteils in neuester Zeit wieder geschlossen hat,[438] kann sich aus der Auffassung des Gerichts zur Verteilung des Wegerisikos[439] für die auf das Arbeitsentgelt angewiesenen Frauen im Einzelfall eine Notsituation ergeben, in der als Folge der unzulänglichen Sicherstellung der wirtschaftlichen Versorgung Leib und Leben der Betroffenen unmittelbar gefährdet erscheinen.

2) Die Tendenz in der Literatur

Ebenfalls unterschiedlich bieten sich die Auffassungen der Literatur im Zusammenhang mit den hier angesprochenen Problemen dar.

Neben dem verstärkt feststellbaren Bestreben, Einzelprobleme nicht isoliert zu sehen, sondern ihre Beantwortung vor allem an dem Geist und der umfassenden Zielsetzung der Gesamtregelung des gesetzlichen Mutterschutzes zu orientieren, zeigt sich weiterhin ein Beharren

---

438 Vgl. oben S. 116 ff.

439 Vgl. oben S. 92 ff.

auf rein formaljuristischen Gesichtspunkten, das oftmals den Weg zur sach- und interessengerechten Lösung verschließt.

3) Die eigene Wertung

Abschließend muß man dagegen, insbesondere auch unter Einbeziehung der weitgehenden Verbesserungen, die das MuSchG 1968 in diesem Bereich gegenüber dem früheren Recht mit sich gebracht hat, die Feststellung von Preis bestätigen, "daß der Entgeltschutz des Mutterschutzgesetzes einen hohen Stand erreicht hat und nahezu vollkommen ist".[440]

Dennoch bleibt ebenso die bedauernde Erkenntnis, daß gerade das BAG für sich in Anspruch nehmen kann, mit dem Urteil vom 7.8.1970[441] ein in der Praxis äußerst bedeutsames Argument für die Berechtigung des einschränkenden "nahezu" geliefert zu haben.

---

440 AuR 1972, 43; ähnlich Bulla/Hackbeil, vor § 11 Anm. 1, wonach "die gesetzliche Regelung heute in einem Ausmaß umfänglich ist, daß ein Ausfall oder eine Minderung des bisherigen Arbeitseinkommens während der Zeit der Schwangerschaft und innerhalb bestimmter Fristen nach der Entbindung praktisch gänzlich vermieden ist".

441 AP Nr. 4 zu § 11 MuSchG 1968

IV. Teil: Der Kündigungsschutz der erwerbstätigen Schwangeren und Wöchnerinnen

Zwar liegen die Schwerpunkte dieser Arbeit über den gesetzlichen Mutterschutz im Bereich der mit der Entgeltsicherung zusammenhängenden Fragen. Dennoch darf im Rahmen einer weiter ausholenden Untersuchung der Kündigungsschutz als der dritte Pfeiler dieses den Arbeitnehmerinnen Schutz gewährenden Gebäudes nicht völlig außer acht gelassen werden.

So wird denn im folgenden versucht werden, von der einschlägigen gesetzlichen Regelung und den sich daraus für Rspr. und Literatur ergebenden vielfältigen Fragen ein zumindest übersichtsartiges Bild zu geben, das die vorangegangenen Ausführungen zu ergänzen vermag. Dabei soll auch der Beschluß des Großen Senats des BAG vom 21.4.1971[442] nicht unerwähnt bleiben, dem nicht nur für das Arbeitskampfrecht grundlegende Bedeutung zukommt, sondern der auch auf dem Gebiet des Mutterschutzrechts und hier vor allem für den Bestandsschutz der werdenden Mütter und Wöchnerinnen einige gerade im Hinblick auf die Forderung nach umfassender Fürsorge sehr beachtenswerte Überlegungen enthält.

1. Kapitel: Der Kündigungsschutz als Ergänzung des Gefahrenschutzes und der Entgeltsicherung

Der Kündigungsschutz der werdenden Mütter stellt die im Interesse einer weitgehenden Sicherung dieses Personenkreises notwendige Ergänzung zum Gefahrenschutz und zur Entgeltsicherung dar.

Wie die Bestimmungen über die Gestaltung des Arbeitsplatzes zusammen mit den Vorschriften über die generellen und individuellen Beschäftigungsverbote sowie die Schutzfristen dafür Sorge tragen, daß als Folge der mit der

---

442 AP Nr. 43 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"

Erwerbsarbeit verbundenen besonderen körperlichen Belastung keine gesundheitlichen Schäden bei Mutter und Kind auftreten, wie die Normen über die Entgeltsicherung den Schwangeren und Wöchnerinnen die Weitergewährung des bisherigen Durchschnittsverdienstes und damit die Grundlage ihrer wirtschaftlichen Existenz ungeschmälert sichern, so bietet der Gesetzgeber durch die Zubilligung eines speziellen Kündigungsschutzes den Arbeitnehmerinnen die Gewißheit, während der Zeit der Schwangerschaft keiner zusätzlichen psychischen Belastung aufgrund der Sorge um den Bestand des Arbeitsplatzes ausgesetzt zu sein.[443]

Kann der Arbeitgeber nicht einseitig durch Kündigung das Arbeitsverhältnis der Schwangeren beenden, dann ergibt sich daraus für die werdende Mutter überdies der erwünschte allgemeine Anreiz, den ihr zustehenden gesetzlichen Mutterschutz gegenüber dem Arbeitgeber voll auszuschöpfen, da es ihm verwehrt ist, die dadurch entstehenden Mehrbelastungen, in welcher Form auch immer, zur Grundlage einer Kündigung zu machen.[444]

2. Kapitel: Die gesetzliche Regelung des Kündigungsschutzes und die damit verbundenen Einzelfragen

I Der Grundsatz des § 9 Abs. 1 MuSchG 1968

§ 9 Abs. 1 MuSchG 1968, die sedes materiae, hat, abgesehen von der mit der Neufassung des Satz 2 Halbs. 1 verbundenen Erweiterung des minder geschützten Personenkreises,[445] gegenüber dem MuSchG 1952 keine Veränderun-

---

443 BAG (GS) vom 26.4.1956, AP Nr. 5 zu § 9 MuSchG; BVerwG vom 27.10.1970, AP Nr. 33 zu § 9 MuSchG; Bulla/Hackbeil, § 9 Anm. 1

444 Zmarzlik, AR-Blattei D, Mutterschutz I, unter E I 1 a

445 So sind jetzt nicht nur, wie bisher, im Familienhaushalt beschäftigte Hausgehilfinnen und Tagesmädchen von dem Kündigungsverbot ausgenommen, sondern auch Erzieherinnen, Hauslehrerinnen, Kindergärtnerinnen und mit ähnlichen Aufgaben erzieherischer oder pflegerischer Art im Familienhaushalt beschäftigte Frauen; vgl. Meisel/Hiersemann, § 9 Anm. 11; Zmarzlik, AR-Blattei D, Mutterschutz I, unter E I 2 a aa

gen gebracht.

Nach ihm ist die Kündigung gegenüber einer Frau während der Schwangerschaft und bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Entbindung unzulässig, wenn dem Arbeitgeber zur Zeit der Kündigung die Schwangerschaft oder Entbindung bekannt war oder innerhalb zweier Wochen nach Zugang der Kündigung mitgeteilt wird. Der bereits angeführte Satz 2 Halbs. 1 beschränkt jedoch diesen Schutz für Frauen, die von demselben Arbeitgeber im Familienhaushalt in einer ihre Arbeitskraft voll in Anspruch nehmenden Weise beschäftigt werden, auf die ersten 5 Monate der Schwangerschaft.[446] [447]

---

446 Danach stehen aber im Familienhaushalt die nur teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmerinnen sowie jene Frauen, die in einer ihre Arbeitskraft voll in Anspruch nehmenden Weise beschäftigt sind, dabei jedoch mehrere Arbeitgeber haben, unter dem uneingeschränkten mutterschutzrechtlichen Kündigungsschutz und sind insoweit besser gestellt; vgl. Bulla/Hackbeil, § 9 Anm. 14 m; Meisel/Hiersemann, § 9 Anm. 8 bis 10. Andererseits stehen sie auf dem Gebiet der Entgeltsicherung infolge des § 11 Abs. 3 MuSchG 1968 eindeutig schlechter; vgl. oben S. 88 ff.
Diese Regelung vermag kaum durch innere Geschlossenheit oder Folgerichtigkeit zu überzeugen. Insbesondere wird nicht klar, ob dadurch aufs Ganze gesehen etwa ein gewisser Ausgleich zwischen den o.a. Gruppen der im Familienhaushalt Beschäftigten erreicht werden soll.

447 Die im Familienhaushalt beschäftigten Frauen, deren Arbeitsverhältnis vom Arbeitgeber nach Ablauf des fünften Monats der Schwangerschaft durch Kündigung gem. § 3 Abs. 1 Satz 2 MuSchG 1968 zulässigerweise aufgelöst worden ist, erhalten aufgrund des § 12 Abs. 1 Satz 1 MuSchG 1968 von diesem Zeitpunkt an bis zum Einsetzen der Leistungen des Mutterschaftsgeldes eine Sonderunterstützung zu Lasten des Bundes. Mutterschaftsgeld selbst wird ihnen während der Schutzfristen nach § 13 Abs. 2 Satz 1 MuSchG 1968 gewährt; vgl. oben S. 85 f.
Allerdings darf nicht übersehen werden, daß sie nach Ablauf der Schutzfrist des § 6 Abs. 1 MuSchG 1968 keine weiteren finanziellen Mittel aus dem gesetzlichen Mutterschutz mehr erhalten und ja auch ihre alte Stelle durch die wirksame Kündigung verloren haben. Sie müssen, falls sie zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts auf das Arbeitsentgelt angewiesen sind, spätestens zu diesem Zeitpunkt die mit einer Arbeitsplatzsuche verbundenen Schwierigkeiten und Belastungen auf sich nehmen.

Während des angesprochenen Zeitraumes genießt die Frau einen absoluten[448] Schutz, der gegenüber jeder Kündigung, also auch gegenüber der Änderungskündigung[449] oder der auf einen wichtigen Grund (§ 626 BGB) gestützten außerordentlichen Kündigung[450] eingreift.[451]

---

448 Angesichts der in § 9 Abs. 3 MuSchG 1968 enthaltenen Möglichkeit der zuständigen Behörde, die Kündigung in besonderen Fällen ausnahmsweise für zulässig zu erklären, handelt es sich bei dem § 9 Abs. 1 MuSchG 1968 zwar um ein absolutes Kündigungsverbot, jedoch um ein solches mit Erlaubnisvorbehalt; siehe Bulla/Hackbeil, § 9 Anm. 82 m.w.N.; neuesten Zmarzlik, AR-Blattei D, Mutterschutz I, unter E I 1 c

449 BAG vom 15.12.1957, AP Nr. 33 zu § 1 KSchG; Hueck/Nipperdey, ArbR Bd. I, S. 731 Fußnote 72; Nikisch, ArbR Bd. I, S. 811; Bulla/Hackbeil, § 9 Anm. 23; Hessel, MuSchG 1968, Erlg. zu § 9 S. 48; Meisel/Hiersemann, § 9 Anm. 77; Zmarzlik, Mutterschutz I, unter E I 1 c

450 Völlig h.M.; BAG vom 8.12.1955, AP Nr. 4 zu § 9 MuSchG; BAG (GS) vom 26.4.1956, AP Nr. 5 zu § 9 MuSchG; Hueck/Nipperdey, ArbR Bd. I, S. 731; Nikisch, ArbR Bd. I, S. 811; Bulla/Hackbeil, § 9 Anm. 20, 26 m.w.N.; Gamillscheg, Festschrift für Molitor, S. 71; Koppe, ArbuSozPol 1971, 232; Zmarzlik, AR-Blattei D, Mutterschutz I, unter E I 1 c

451 Beachte für den Fall, daß die schwangere Arbeitnehmerin eine schwere Verfehlung begeht, aufgrund derer ihre Weiterbeschäftigung für den Arbeitgeber unzumutbar erscheint (§ 626 BGB), den problematischen Beschluß des BAG (GS) vom 26.4.1956, AP Nr. 5 zu § 9 MuSchG, der in der Rechtslehre ein zwiespältiges Echo hervorgerufen hat. Zustimmend: Endemann, Anm. zu BAG (GS) vom 26.4.1956, AR-Blattei D, Mutterschutz, Entscheidungen Nr. 8; Hueck, Anm. zu BAG (GS) vom 26.4.1956, AP Nr. 5 zu § 9 MuSchG; Krüger, Anm. zu BAG (GS) vom 26.4.1956, AuR 1957, 94 f.; ablehnend: Bulla, ArbRdG 1964, S. 62 und vor allem Gamillscheg, Festschrift für Molitor, S. 74; kritisch auch Herschel, AuR 1959, 261.
Das BAG hatte hier zwar formell dem Kündigungsschutz Rechnung getragen, indem es auf die Unwirksamkeit einer fristlosen Entlassung hinwies. Tatsächlich verfehlte es jedoch dann mit seiner Entscheidung den hinter diesen Regelungen stehenden Zweck, als es der Schwangeren, die der Arbeitgeber aufgrund der Vorfälle nicht mehr beschäftigen wollte, mit Hilfe einer einschränkenden Interpretation des Begriffs der angebotenen und "annehmbaren" Leistung (§§ 293 ff. BGB) den Lohnanspruch aus § 615 BGB versagte.

Das Mutterschutzrecht enthält damit "schlechthin eine Sperre des Kündigungsrechts"[452] und bedeutet mit seinem so gut wie lückenlosen Verbot in diesem Komplex für den Arbeitgeber in der Tat eine "dura lex".[453]

II Die Zwei-Wochen-Frist des § 9 Abs. 1 MuSchG 1968

1) Der Zweck der Zwei-Wochen-Frist

Allerdings müssen die Schwangeren, um sich den Kündigungsschutz zu bewahren, die für sie sehr wesentliche Vorschrift des § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG 1968 beachten. Zwar sind sie schon durch § 5 Abs. 1 MuSchG 1968 gehalten,[454] dem Arbeitgeber die Schwangerschaft und den mutmaßlichen Tag der Entbindung mitzuteilen. Dahinter steht die Überlegung, daß jener einer möglichst frühzeitigen

---

452 Bulla/Hackbeil, § 9 Anm. 26

453 BAG vom 26.4.1956, AP Nr. 5 zu § 9 MuSchG
Darauf, daß die dem § 9 MuSchG 1968 zu entnehmende Unzulässigkeit der außerordentlichen Kündigung sogar im Bereich des besonderen Kündigungsschutzes (§ 15 KSchG, § 19 SchwBeschG, § 2 ArbPlSchG) eine Ausnahme darstellt, weist Meisel, Anm. zu BAG vom 19.12.1968, AP Nr. 29 zu § 9 MuSchG, hin. Auch Bulla, ArbRdG 1964, S. 51, meint, ein so sehr intensivierter Kündigungsschutz sei im sonstigen Arbeitsschutzrecht "nicht gebräuchlich".

454 Insoweit ist die Überschrift des § 5 MuSchG 1968 "Mitteilungspflicht" unrichtig. Wie nämlich aus der Formulierung des § 5 Abs. 1 MuSchG 1968 als einer bloßen Soll-Vorschrift hervorgeht, ist die hier verlangte Mitteilung nicht zu einer gesetzlich verbindlichen Pflicht erhoben worden. Daher wird denn auch in der Literatur diese Vorschrift lediglich als eine "nachdrückliche Empfehlung" an die werdende Mutter aufgefaßt; so Herschel; BABl. 1952, 103. Vgl. auch Köst, § 5 Anm. 1; Meisel/Hiersemann, § 5 Anm. 8; Schmatz/Zmarzlik, § 5 Anm. 1; ähnlich Schulte-Langforth, BB 1952, 62; dieselbe, BB 1953, 738

Unterrichtung bedarf, um die erforderlichen Vorkehrungen und Maßnahmen treffen zu können, die dem Mutterschutz zum praktischen Wirksamwerden verhelfen.[455]

Dennoch unterbliebt eine sofortige Mitteilung an den Arbeitgeber oftmals, weil die Schwangere, aus welchen Beweggründen auch immer, ihren Zustand gegenüber Dritten nicht offenbaren möchte.

Spricht ein Arbeitgeber aber gegenüber einer Arbeitnehmerin die Kündigung aus, ohne von der bei ihr bestehenden Schwangerschaft informiert zu sein, so muß die werdende Mutter, will sie in den Genuß des Kündigungsschutzes aus § 9 MuSchG 1968 kommen, ihn[456] innerhalb zweier Wochen[457] auf ihren Zustand hinweisen. Der Gesetzgeber hat bei dieser mit einer Höchstfrist gekoppelten Verpflichtung der Arbeitnehmerin zum Tätigwerden offensichtlich auch das Interesse an der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit berücksichtigen wollen,[458] das hier vor allem auf seiten des Arbeitgebers vorhanden ist.[459]

2) Die Ausgestaltung durch Rechtsprechung und Literatur

Die Zwei-Wochen-Frist des § 9 Abs. 1 MuSchG 1968 ist eine Ausschlußfrist.[460] Versäumt es die werdende Mutter, späte-

---

455 Bulla/Hackbeil, § 5 Anm. 8; Koppe, ArbuSozPol 1971, 230; Zmarzlik, Mutterschutz I, unter D II 4. Die Kritik von Gamillscheg, AcP 167, S. 473, der § 5 MuSchG enthielte einen verfehlten Ansatzpunkt und diene so primär dem Schutz des Arbeitgebers vor Überraschungen, vermag demgegenüber nicht zu überzeugen.

456 Zum richtigen Adressaten der Mitteilung vgl. LAG vom 18.12.1965, AP Nr. 26 zu § 9 MuSchG

457 Durch das ÄndG 1965 (BGBl. I S. 912) wurde die bisherige Ein-Wochen-Frist des § 9 Abs. 1 MuSchG 1952 auf zwei Wochen verlängert.

458 BAG vom 19.12.1968, AP Nr. 29 zu § 9 MuSchG

459 BVerfG, Beschluß vom 25.1.1972, FamRZ 1972, 199

460 Überwiegende Auffassung; vgl. nur Bulla/Hackbeil, § 9 Anm. 58 m.w.N.; ferner Menkens, AuR 1968, 234; Zmarzlik, ARB-Blattei D, Mutterschutz I, unter E I 1 b cc; a.A. Theuerkauf, § 9 Anm. 1; LAG Hamm vom 12.8.1960, DB 1961, 475

stens in dieser Zeit dem Arbeitgeber die Schwangerschaft mitzuteilen, so bedeutet das für sie endgültig den Verlust des mutterschutzrechtlichen Kündigungsschutzes. Auf ein Verschulden oder Nichtverschulden ihrerseits kommt es nicht an.[461] Ebenso unerheblich ist, ob sie, als ihr die Kündigungserklärung zuging, ihre Schwangerschaft überhaupt selbst kannte.[462] Die vom Arbeitgeber gegenüber einer Schwangeren ausgesprochene Kündigung ist damit in den Fällen der unterlassenen Benachrichtigung zumindest nicht schon von vornherein wegen eines Verstoßes gegen das Kündigungsverbot des § 9 MuSchG 1968 unwirksam.

3) Die Verfassungsmäßigkeit der Zwei-Wochen-Frist

a) Die Kritiker der Verfassungsmäßigkeit

Angesichts solch schwerwiegender Folgen und "Härten",[463] die die Zwei-Wochen-Frist des § 9 Abs. 1 MuSchG 1968 für die werdende Mutter mit sich bringen kann, wird in neuester Zeit verstärkt die Verfassungsmäßigkeit dieser Regelung angezweifelt.
So hat das ArbG Hannover durch Beschluß vom 12.12.1969[464] ein Verfahren, in dem es für die Entscheidung auf die Gültigkeit der Zwei-Wochen-Frist ankam, ausgesetzt und gem. Art. 100 GG dem BVerfG die Frage vorgelegt, "ob es gegen Art. 6 Abs. 4, Art. 3 Abs. 1, Art. 20, 28 GG verstößt, wenn § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG den Kündigungsschutz für werdende Mütter davon abhängig macht, daß die Arbeit-

---

461 BAG vom 19.12.1968, AP Nr. 29 zu § 9 MuSchG; Nikisch, ArbR Bd. I, S. 816; Bulla/Hackbeil, § 9 Anm. 59; Hessel, MuSchG 1968, Erlg. zu § 9 S. 54; Meisel/Hiersemann, § 9 Anm. 94 und auch Söllner, S. 240

462 So Bulla/Hackbeil, § 9 Anm. 59; Gröninger/Thomas, § 9 Anm. 5 c; Schmatz/Zmarzlik, § 9 Anm. 9; Menkens, ZuR 1968, 234; abweichend Theuerkauf, § 9 Anm. 1

463 BAG vom 19.12.1968, AP Nr. 29 zu § 9 MuSchG

464 AP Nr. 31 zu § 9 MuSchG

nehmerin ihre Schwangerschaft innerhalb zweier Wochen nach Zugang der Kündigung dem Arbeitgeber mitteilt."[465] Die in dem Beschluß dargelegten Gründe, aus denen sich nach Ansicht des Gerichts die Verfassungswidrigkeit des § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG 1968 ergibt, hat dann Dralle[466] weiter ausgeführt.[467] Vor allem unter drei Gesichtspunkten ist nach dieser Ansicht die Nichtigkeit der Regelung zu bejahen.

aa) Verstoß gegen Art. 6 Abs. 4 GG

Im allgemeinen Kündigungsschutzrecht betrage die Ausschlußfrist, innerhalb derer die Unwirksamkeit der Kündigung geltend gemacht werden müsse, drei Wochen, § 4 KSchG. Wenn im Vergleich dazu die Ausschlußfrist für die Schwangere im § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG 1968, deren Versäumung für sie die gleiche Rechtswirkung habe wie die Nichteinhaltung der Frist des § 4 KSchG für die dem KSchG unterfallenden Arbeitnehmer, verkürzt sei, so bedeute das eine benachteiligende Sonderbehandlung, die durch die verfassungsrechtliche Wertentscheidung des Art. 6 Abs. 4 GG verboten werde.[468]

---

465 a.a.O., Leitsatz

466 AuP 1971, 135 ff.

467 Es wäre jedoch verfehlt, nunmehr anzunehmen, zwei voneinander unabhängige Stimmen in Rspr. und Rechtslehre hielten den § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG 1968 insoweit für verfassungswidrig. Wie sich nämlich bei einer vergleichenden Textanalyse zeigt, stimmen der Beschluß des ArbG Hannover und der Aufsatz von Dralle über weite Passagen bis hin zu den Einzelformulierungen völlig überein. Daher drängt sich die Vermutung auf, daß Dralle, der Richter am Arbeitsgericht Hannover ist, auch die geistige Urheberschaft der in dem Beschluß geäußerten kritischen Überlegungen für sich beanspruchen kann.

468 Dralle, AuP 1971, 138; ArbG Hannover, a.a.O., unter C 3 und 6 der Gründe

bb) Verstoß gegen Art. 3 GG

Ferner ist das ArbG Hannover[469] und mit ihm Dralle[470] der Ansicht, für diese an die Mutterschaft anknüpfende Schlechterbehandlung der schwangeren Frauen auf dem Gebiet des Bestandsschutzes könnten auch keine sachlich vertretbaren Gesichtspunkte[471] herangezogen werden. Die differenzierende Behandlung erscheine daher willkürlich und verstoße weiterhin gegen Art. 3 GG.[472]

cc) Verstoß gegen Art. 20, 28 GG

Die vergleichsweise festzustellende Verkürzung des Rechtsschutzes der Schwangeren sei schließlich nicht mit dem Grundsatz der Sozialstaatlichkeit - Art. 20, 28 GG - vereinbar. Im sozialen Bereich komme dem Schutz der werdenden Mutter eine zentrale Bedeutung zu. Der Staat sei daher auch zur Anerkennung und Befolgung der den Art. 20, 28 GG zu entnehmenden Wertentscheidung und somit dazu verpflichtet, den Schwangeren hinsichtlich der Erhaltung des Kündigungsschutzes mindestens die gleiche Rechtsstellung zu geben, wie er sie den anderen Arbeitnehmern mit der Gewährung der Drei-Wochen-Frist des § 4 KSchG zugestehe.[473]

b) Der Beschluß des BVerfG vom 25.1.1972

In dem aufgrund der Vorlage des ArbG Hannover ergangenen

---

469 a.a.O., unter E der Gründe

470 AuR 1971, 139

471 Vgl. dazu BVerfG vom 8.10.1963, AP Nr. 84 zu Art. 3 GG

472 Besonders die Rspr. umschreibt den dem Art. 3 GG zu entnehmenden Grundsatz, wonach die allgemeinen Regeln der Gleichbehandlung nicht ohne zwingende sachliche Gründe durchbrochen werden dürfen, als "Willkürverbot", so BVerfGE 1, 52; 18, 124; 18, 334; BVerwGE 10, 290; 11, 186; 12, 102; 12, 151; BGH JZ 1965, 282; siehe dazu auch Geiger, S. 35; Maunz, S. 131; Scholler, Die Interpretation des Gleichheitssatzes als Willkürverbot oder als Gebot der Chancengleichheit (1969)

473 Dralle, AuR 1971, 139; ArbG Hannover, a.a.O., unter D der Gründe

Beschluß vom 25.1.1972[474] hat das BVerfG die Kritik an der Verfassungsmäßigkeit des § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG 1968 zumindest insoweit[475] für unzutreffend erklärt, als nach dieser Regelung der Arbeitgeber einer schwangeren Arbeitnehmerin kündigen darf, wenn er von der Schwangerschaft keine Kenntnis hat und die Arbeitnehmerin es schuldhaft unterläßt, ihm fristgerecht die ihr im Zeitpunkt der Kündigung bekannte Schwangerschaft mitzuteilen.

aa) Die inhaltliche Beschränkung des Beschlusses

Da indes der klärende Spruch des BVerfG ausdrücklich die Zulässigkeit der Zwei-Wochen-Frist nur für den Fall der verschuldeten Nichtbenachrichtigung des Arbeitgebers durch die Schwangere bejaht hat, ist auch unter Heranziehung des Beschlusses vom 25.1.1972 die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit des § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG 1968 in ihrer Gesamtheit noch keineswegs als geklärt zu bezeichnen. Den Ausführungen sind jedenfalls keine eindeutigen Hinweise dafür zu entnehmen, ob das Eingreifen der Zwei-Wochen-Frist nach Ansicht des Gerichts selbst dann mit den Forderungen der Verfassung übereinstimmt, wenn die werdende Mutter im Augenblick des Zugangs der Kündigungserklärung ihre Schwangerschaft noch gar nicht kennt oder aber unverschuldet daran gehindert wird, die ihr bekannte Schwangerschaft dann innerhalb von zwei Wochen dem Arbeitgeber mitzuteilen.

In dem angesprochenen Teilbereich vermag die Begründung des klar gegliederten Beschlusses indes zu überzeugen. Dabei treffen insbesondere die Darlegungen zu Art. 6 Abs. 4 GG auf uneingeschränkte Zustimmung.[476]

---

474 FamRZ 1972, 198 = DB 1972, 536 = AuR 1972, 158 mit Anm. Herschel

475 Diese Beschränkung hat Herschel, Anm. zu BVerfG vom 25.1.1972, AuR 1972, 160, vor allem unter methodischen Gesichtspunkten kritisiert.

476 Herschel, Anm. zu BVerfG vom 25.1.1972, AuR 1972, 160, meint: "Darüber dürfte es schwerlich Meinungsverschiedenheiten geben."

bb) Die Vereinbarkeit des § 9 Abs. 1 MuSchG 1968 mit Art. 6 Abs. 4 GG

Das BVerfG verweist hier auf den Zweck des § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG 1968, daß nämlich "der Arbeitgeber wegen der ihm durch die Beschäftigung einer werdenden Mutter obliegenden erhöhten Pflichten alsbald Klarheit darüber erhalten muß, ob das Arbeitsverhältnis fortbesteht oder nicht".[477] Zwei Wochen seien auch als ein für die Benachrichtigung ausreichender Zeitraum anzusehen, denn zum einen müsse man aufgrund der Bekanntmachungspflicht des § 18 Abs. 1 MuSchG 1968 davon ausgehen, daß sich die Schwangere genau über ihre mit dem gesetzlichen Mutterschutz zusammenhängenden Rechte und Pflichten, also auch über die Zwei-Wochen-Frist informieren könne und zum anderen sei sie eigentlich ja schon durch § 5 Abs. 1 Satz 1 MuSchG 1968 gegen den Verlust des Arbeitsplatzes geschützt,[478] wenn sie nämlich gemäß dieser Vorschrift dem Arbeitgeber ihre Schwangerschaft mitteile, sobald sie ihr selbst bekannt sei.

Selbst einer Frau, die dieses unterlasse, werde durch § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG 1968 aber noch die zusätzliche Möglichkeit gegeben, die Kündigung durch eine dem Arbeitgeber gegenüber innerhalb von vierzehn Tagen erfolgte Anzeige der Schwangerschaft abzuwenden. Werde jedoch auch die Frist des § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG 1968 von einer Schwangeren, der ihr Zustand bekannt sei, schuldhaft versäumt, so stehe es mit der verfassungsrechtlichen Wertentscheidung des Art. 6 Abs. 4 GG nicht in Widerspruch, ihr nunmehr den Kündigungsschutz endgültig zu versagen.

"Die Mitteilung der Schwangerschaft an den Arbeitgeber ist der Arbeitnehmerin auch zumutbar. Sie kann nicht im Hinblick auf etwa bei ihr bestehende innere Hemmungen einen bedingungslosen Schutz zu Lasten anderer beanspruchen."[479]

---

477 BVerfG, a.a.O., unter III 1 der Gründe

478 Vgl. dazu Hoppe, ArbuSozPol 1971, 230 ff.

479 BVerfG, a.a.O., unter III 1 der Gründe

c) Die Vereinbarkeit des § 9 Abs. 1 MuSchG 1968 mit Art. 3 GG

Entgegen der vom ArbG Hannover[480] und von Dralle[481] vorgetragenen Kritik läßt sich nach Ansicht des BVerfG aus der unterschiedlichen Länge der Fristen von § 4 Satz 1 KSchG einerseits und § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG 1968 andererseits sowie aus dem Fehlen einer dem § 5 KSchG entsprechenden Regelung im Mutterschutzrecht auch keine Verletzung des Gleichheitssatzes und damit ein Verstoß gegen Art. 3 GG herleiten.

Zu Recht weist nämlich das Gericht auf folgendes hin: "Der Kündigungsschutz der werdenden Mutter tritt nicht an die Stelle des allgemeinen Kündigungsschutzes, sondern stellt einen zusätzlichen Schutz der werdenden Mutter dar. Schon deshalb kann der Gesetzgeber den zusätzlichen Kündigungsschutz nach dem MuSchG an strengere Voraussetzungen knüpfen als den allgemeinen Kündigungsschutz nach dem KSchG."[482]

Die Richtigkeit dieser Aussage des BVerfG wird auch von der Literatur bestätigt, wonach für die Schwangere der allgemeine Kündigungsschutz des KSchG vor allem dann praktisch wird, wenn sie die Zwei-Wochen-Frist der nachträglichen Mitteilung an den Arbeitgeber gem. § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG 1968 versäumt.[483] Weiterhin wird betont, daß die werdende Mutter - bei rechtzeitiger Mitteilung - sich im Kündigungsschutzverfahren sowohl auf den besonderen Schutz des § 9 Abs. 1 MuSchG 1968 als auch auf die allgemeine Sozialwidrigkeit der Kündigung gem. § 1 Abs. 1 KSchG berufen kann,[484] wenn sie nur die übrigen Voraus-

---

480 Siehe Anm. 464

481 Siehe Anm. 466

482 BVerfG, a.a.O., unter III 2 der Gründe

483 Bulla/Hackbeil, § 9 Anm. 117; siehe allgemein auch Meisel/Hiersemann, § 9 Anm. 117

484 Bulla/Hackbeil, § 9 Anm. 117; Gröninger/Thomas, § 9 Anm. 10 a; Meisel/Hiersemann, § 9 Anm. 119

setzungen dazu erfüllt, also mindestens 18 Jahre alt und in demselben Betrieb oder Unternehmen ohne Unterbrechung länger als sechs Monate beschäftigt ist. Sie hat daher beim Einhalten der Zwei-Wochen-Frist die Möglichkeit des "doppelgleisigen" Vorgehens gegen die Kündigung und behält beim Versäumen der Frist des § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG 1968 zumindest immer noch den Schutz des KSchG.

Hieraus wird deutlich, wie wenig haltbar die o.a. Auffassung ist, durch die Regelung des § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG 1968 werde die Schwangere hinsichtlich des Kündigungsschutzes gegenüber ihren Kolleginnen unter Verletzung der verfassungsrechtlichen Grundsätze entscheidend benachteiligt.

dd) Die Vereinbarkeit des § 9 Abs. 1 MuSchG 1968 mit den Art. 20, 28 GG

Entsprechend dem Satz "lex specialis derogat legi generali" verneint das BVerfG abschließend ebenfalls eine Verletzung des allgemeinen Sozialstaatsprinzips. Im Bereich des gesetzlichen Mutterschutzes werde dieses Prinzip durch Art. 6 Abs. 4 GG konkretisiert.

Müsse aber die Regelung des § 9 Abs. 1 MuSchG 1968 als mit dieser speziellen Verfassungsnorm vereinbar angesehen werden, so sei es unzulässig, aus dem allgemeinen Prinzip einen weitergehenden verfassungsrechtlichen Schutz herzuleiten und die Zwei-Wochen-Frist zusätzlich an diesem zu messen.[485]

---

485 Bereits in Anm. 88 wurde dargestellt, daß diesem formalrechtlichen Argument bei der hier vertretenen Auslegung der durch Art. 6 Abs. 4 GG und Art. 20, 28 GG zum Ausdruck gekommenen Wertungen des Verfassungsgebers keinerlei materiellrechtliche Bedeutung zukommen kann.

Der überzeugende Beschluß des BVerfG vom 25.1.1972 wird in der Rechtslehre wohl kaum auf Kritik stoßen. Er könnte aber der geeignete Anlaß sein, die im § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG 1968 enthaltene Regelung der Zwei-Wochen-Frist über den vom BVerfG angesprochenen Teilbereich hinaus in ihrer Gesamtheit kritisch zu erörtern und dabei die geschützten Rechtsgüter und beteiligten Interessen im Lichte des Art. 6 Abs. 4 GG sorgfältig gegeneinander abzuwägen.

VII Die Zulässigerklärung der Kündigung gem. § 9 Abs. 3 MuSchG 1968

Hält die Schwangere die Zwei-Wochen-Frist des § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG 1968 ein und erbringt sie, was besonders bei einer vorsorglichen, d.h. bis dahin nur auf Vermutungen gestützten Mitteilung von Bedeutung sein kann,[486] zudem rechtzeitig den ärztlichen Nachweis der bestehenden Schwangerschaft, so eröffnet einzig und allein die Zulässigerklärung der Kündigung durch die zuständige Arbeitsbehörde gem. § 9 Abs. 3 MuSchG 1968 für den Arbeitgeber die Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis einer schwangeren Berufstätigen rechtswirksam zu kündigen.

Schon die hier gewählten Formulierungen, wonach die Kündigung nur "in besonderen Fällen" - was im übrigen nicht mit dem Vorliegen eines "wichtigen Grundes" i.S. des § 626 BGB identisch ist[487] - und selbst dann nur "ausnahmsweise" für zulässig erklärt werden kann, lassen die Absicht des Gesetzgebers erkennen, das als vorrangig angesehene Interesse der Schwangeren an der Erhaltung ihres Arbeitsplatzes nur unter ganz außergewöhnlichen Umständen hinter den

---

486 Dazu BAG vom 5.7.1961, AP Nr. 23 zu § 9 MuSchG; neuestens LAG Niedersachsen vom 21.5.1971, BB 1972, 41; ausführlich auch Bulla/Hackbeil, § 9 Anm. 63 - 68, insbesondere Anm. 66, 67 zur Frage der Rechtzeitigkeit des Nachweises

487 h.M.; vgl. statt aller Bulla/Hackbeil, § 9 Anm. 89 mit zahlreichen weiteren Nachweisen; ferner Zmarzlik, AR-Kartei D, Mutterschutz I, unter E I 2 c

Wunsch des Arbeitgebers nach Lösung des Beschäftigungsverhältnisses zurücktreten zu lassen.[488]

Von der in § 9 Abs. 3 Satz 2 MuSchG 1968 ausgesprochenen Ermächtigung, mit Zustimmung des Bundesrats durch den Erlaß von allgemeinen Verwaltungsvorschriften eine gleichmäßige Bewertung des "besonderen Falles" in der Behördenpraxis herbeizuführen, hat der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung bisher keinen Gebrauch gemacht. Dagegen haben der Arbeitsminister von Baden-Württemberg durch einen Erlaß vom 17.2.1953[489] und der Arbeits- und Sozialminister von Nordrhein-Westfalen durch Runderlaß vom 22.8.1955[490] solche Verwaltungsrichtlinien herausgegeben. Beurteilungshinweise finden sich weiterhin in einigen verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen.[491]

Trotz des Fehlens verbindlicher Kriterien ist aber, was unter mutterschutzrechtlichen Aspekten sicher nur zu begrüßen ist, allgemein eine weitgehende Zurückhaltung der jeweils zuständigen Verwaltungsbehörden bei der Erteilung der Zulässigerklärung nach § 9 Abs. 3 MuSchG 1968 zu beobachten.[492]

Über dies kommt für den Arbeitgeber im Einzelfall erschwerend hinzu, daß die behördliche Zulässigerklärung der gegenüber der Schwangeren intendierten Kündigung unbedingt bereits vor dem Kündigungsausspruch erteilt sein muß.[493] Die ohne eine solche Zulässigerklärung vor-

---

488 Ähnlich BVerwG vom 29.10.1958, AP Nr. 14 zu § 9 MuSchG; aufgenommen durch BVerwG vom 21.10.1970, AP Nr. 33 zu § 9 MuSchG

489 RdA 1953, 324

490 RdA 1956, 146

491 Vgl. nur BVerwG vom 29.10.1958, vom 26.8.1970, vom 21.10.1970, AP Nr. 14, 32, 33 zu § 9 MuSchG;

492 So Gamillscheg, Festschrift für Molitor, S. 71. Das BVerfG (Beschluß vom 25.1.1972, FamRZ 1972, 199) führt an, nach Mitteilung des BMA sei die Zahl der gem. § 9 Abs. 3 MuSchG 1968 für zulässig erklärten Kündigungen "gering".

493 BAG vom 28.1.1965, vom 29.7.1969, AP Nr. 5, 28 zu § 9 MuSchG

enommene Kündigung ist bis zur Entscheidung über den Antrag, die Kündigung ausnahmsweise für zulässig zu erklären, nicht etwa nur schwebend unwirksam, sondern schlechthin nichtig. Sie kann daher auch durch eine nachträgliche Zulässigerklärung keinesfalls geheilt werden. Der Arbeitgeber ist in diesem Fall vielmehr gezwungen, nach Erhalt der Zulässigerklärung das Arbeitsverhältnis der Schwangeren erneut zu kündigen.[494]

IV Die Lösung des Arbeitsverhältnisses seitens der Arbeitnehmerin

Nach § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG 1968 ist nur "die Kündigung gegenüber einer Frau" unzulässig. Das Verbot greift daher nicht ein, wenn die Arbeitnehmerin selbst ihr Arbeitsverhältnis beenden will.[495] [496]

Ihr ist es also nicht verwehrt, sich angesichts ihrer Schwangerschaft durch eine Kündigung von den mit der Berufstätigkeit zusammenhängenden Belastungen zu lösen, wie sie auch mit dem Arbeitgeber einen Auflösungsvertrag schließen[497] und grundsätzlich einseitig auf den besonde-

---

494 h.M.; BAM laut Mitteilung in BB 1952, 693; BAG vom 8.12.1955, vom 29.7.1968, AP Nr. 4, 28 zu § 9 MuSchG; vgl. weiter die zahlreichen Nachweise bei Bulla/Hackbeil, § 9 Anm. 84

495 Unstrittig; BAG vom 8.12.1955, AP Nr. 4 zu § 9 MuSchG; Hueck/Nipperdey, ArbR Bd. I, S. 732; Nikisch, ArbR Bd. I, S. 812; Bulla/Hackbeil, § 9 Anm. 39; Gröninger/Thomas, § 9 Anm. 8; Meisel/Hiersemann, § 9 Anm. 67; Bulla, ArbRdG 1964, S. 63; derselbe, DB 1963, 1151; Endemann, NStSozArbR 1956, 299; Zmarzlik, AR-Blattei D, Mutterschutz I, unter E I 4 d

496 Im Zusammenhang damit ergeben sich für den Einzelfall verschiedene Streitfragen, auf die jedoch nicht weiter eingegangen werden kann. Sie sind angesprochen bei Bulla/Hackbeil, § 9 Anm. 39 - 40 b; Bulla, ArbRdG 1964, S. 64; Gamillscheg, Festschrift für Molitor, S. 80

497 BAG vom 8.12.1955, AP Nr. 4 zu § 9 MuSchG; Hueck/Nipperdey, ArbR Bd. I, S. 732, 734; Bulla/Hackbeil, § 9 Anm. 41; Schulte-Langforth, BB 1952, 63; Theuerkauf, Anm. zu LAG Kiel vom 25.5.1955, AP Nr. 3 zu § 9 MuSchG; Zmarzlik, AR-Blattei D, Mutterschutz I, unter E I 1 c

ren mutterschutzrechtlichen Kündigungsschutz verzichten kann.[498] Diese Ausgestaltung des Kündigungsverbots ergäbe sich auch überdies schon zwingend aus der allgemeinen Überlegung, daß es nicht angehen kann, eine werdende Mutter gerade in dem hier in Frage stehenden Zeitraum gegen ihren Willen am Arbeitsplatz festzuhalten.[499]

1) Die Sonderberechtigung zur Kündigung gem. § 10 Abs. 1 MuSchG 1968

Durch § 10 Abs. 1 MuSchG 1968, der ohne Vorbild in den früheren mutterschutzrechtlichen Regelungen ist, wird die Schwangere bei einer von ihr ausgehenden Kündigung des Arbeitsverhältnisses besonders privilegiert.

Die erwerbstätige Frau hat aufgrund dieser Regelung das spezielle Recht, während der Schwangerschaft und während der Schutzfrist nach der Entbindung das Arbeitsverhältnis ohne Einhaltung einer Frist zum Ende der Schutzfrist nach der Entbindung zu kündigen.

Damit entfällt für die Arbeitnehmerin, die sich erst nach der Entbindung oder kurz vor dem Ende der Schutzfrist des § 6 Abs. 1 MuSchG 1968 dazu entschließt, die Beschäftigung nicht wieder aufzunehmen, die Verpflichtung, im Anschluß an die Kündigung zumindest noch für die Dauer der einschlägigen Kündigungsfrist erneut tätig werden zu müssen. Sie ist nunmehr kraft gesetzlicher Sonderregelung befugt, ohne Einhaltung einer Frist, also beispielsweise auch erst am letzten Tag der Frist des § 6 Abs. 1 MuSchG 1968,[500] die außerordentliche Kündigung zum Ende der

---

498 Das wird in der Literatur jedoch nur für zulässig erachtet, wenn sich der Verzicht auf eine bereits ausgesprochene Kündigung bezieht. Ein vorheriger, genereller Verzicht ist dagegen unwirksam; so Hueck/Nipperdey, ArbR Bd. I, S. 734; Nikisch, ArbR Bd. I, S. 813; Bulla/Hackbeil, § 9 Anm. 42, 43, § 10 Anm. 21; Schmatz/Zmarzlik, § 9 Anm. 12, 14; Bulla, DB 1963, 1151

499 Gamillscheg, Festschrift für Molitor, S. 80

500 Bulla/Hackbeil, § 10 Anm. 11; Schmatz/Zmarzlik, § 9 Anm. 4

Schutzfrist nach der Entbindung zu erklären, wodurch mit dem Ablauf dieser Zeit das Arbeitsverhältnis aufgelöst ist. Daher kann sich für die Mutter des Neugeborenen in keinem Fall mehr der Zwang ergeben, auch nur für die Dauer der Kündigungsfristen die Arbeit gegen ihren Willen fortsetzen zu müssen.

2) Die gesetzliche Fiktion des § 10 Abs. 2 MuSchG 1968

In engem Zusammenhang mit dem der Frau durch § 10 Abs. 1 MuSchG 1968 zugestandenen Sonderrecht zur Kündigung ist der neu in das Mutterschutzrecht aufgenommene § 10 Abs. 2 MuSchG 1968 zu sehen.

Hiernach gilt, wenn die Frau von ihrem Recht nach § 10 Abs. 1 MuSchG 1968 Gebrauch gemacht hat, dann aber innerhalb eines Jahres nach der Entbindung in ihrem bisherigen Betrieb wieder eingestellt wird[501] und in der Zwischenzeit keiner anderweitigen Beschäftigung nachgegangen ist, das Arbeitsverhältnis als nicht unterbrochen, soweit Rechte aus dem Arbeitsverhältnis von der Dauer der Betriebs- oder Berufszugehörigkeit oder von der Dauer der Beschäftigungs- oder Dienstzeit abhängen.

Aufgrund dieser Vorschrift bleiben der Berufstätigen also für den Fall der Wiedereinstellung innerhalb Jahresfrist auf den angesprochenen Gebieten - z.B. bei der Berechnung von Jubiläumsabgaben, Treueprämien, Weihnachtsgratifikationen, Urlaub und auch für die Frage nach der mindestens bereits sechs Monate dauernden Beschäftigung i.R. des § 1

---

501 Dabei ist jedoch zu beachten, daß es allein im Ermessen des Arbeitgebers steht, ob er die arbeitswillige Arbeitnehmerin nach der Entbindung wieder beschäftigen will oder nicht. Ein Rechtsanspruch der Erwerbstätigen auf Wiedereinstellung läßt sich aus § 10 Abs. 2 MuSchG 1968 nicht herleiten; so Bulla/Hackbeil, § 10 Anm. 38, 39, wo die in der Vorauflage (§ 9a Anm. 38) vertretene entgegengesetzte Ansicht ausdrücklich aufgegeben wird; Tröninger/Thomas, § 10 Anm. 3c; Heseel, MuSchG 1968, Erlg. zu § 10 S. 64; Meisel/Hiersemann, § 10 Anm. 9; Fischwasser, BKK 1968, Sp. 131; Smarzlik, BB 1965, 1073; derselbe, AR-Blattei D, Mutterschutz I, unter E II 2

Abs. 1 KSchG - zumindest[502] alle Zeiten der Betriebs- und Berufszugehörigkeit erhalten, die sie bis zu dem Zeitpunkt des Wirksamwerdens ihrer nach § 10 Abs. 1 MuSchG 1968 ausgesprochenen Kündigung abgeleistet hatte.[503] Ihr soll auf diese Weise Gelegenheit gegeben werden, sich, ohne der bis dahin als Folge der Betriebszugehörigkeit erworbenen Rechte verlustig zu gehen, während der ersten Zeit nach der Entbindung ausreichend von der Schwangerschaft zu erholen, als auch, worin wahrscheinlich sogar die vorrangige Zielsetzung der Vorschrift liegt, sich sorgfältig der intensiven Pflege des Neugeborenen widmen zu können, was, worauf bereits hingewiesen wurde,[504] besonders entscheidend für die ungestörte Entwicklung des Mutter-Kind-Verhältnisses ist.

Gerade dieser letztgenannte Gesichtspunkt hatte bei den Beratungen des MuSchG 1968 wohl auch einen Teil des Ausschusses für Arbeit des BT bei seinem Antrag bestimmt, entsprechend der Regelung des § 15 Abs. 1 im österreichischen MuSchG[505] und des § 131 Abs. 4 im GBA der DDR[506]

---

502 Fraglich ist indes, ob auch die Zeit, während der die Frau mit der Arbeit aussetzte, dabei als Beschäftigungszeit in Ansatz zu bringen ist. Dafür: Schmatz/Zmarzlik, § 10 Anm. 9; Gamillscheg, RdA 1968, 117; Welzel, Soziale Arbeit 1966, 99; Zmarzlik, AR-Blattei D, Mutterschutz I, unter E II 2; dagegen: Bulla/Hackbeil, § 10 Anm. 51; Gröninger/Thomas, § 10 Anm. 3f; Meisel/Hiersemann, § 10 Anm. 14

503 Bulla/Hackbeil, § 10 Anm. 48a; Schmatz/Zmarzlik, § 10 Anm. 8; Welzel, DB 1965, 1443; Zmarzlik, BB 1965, 1073

504 Siehe S. 15 (Text und Anm. 152)

505 Hiernach ist Dienstnehmerinnen auf ihr Verlangen im Anschluß an die Schutzfrist nach der Entbindung ein unbezahlter "Karenzurlaub" bis zum Ablauf eines Jahres nach ihrer Entbindung zu gewähren; vgl. dazu Hammerl, BABl. 1963, 633 f.;Schulte-Langforth, RdA 1961, 323

506 § 131 Abs. 4 GBA lautet: "Müttern ist auf Verlangen im Anschluß an den Wochenurlaub unbezahlte Freizeit längstens bis zum Ende des ersten Lebensjahres des Kindes zu gewähren. Die Betriebszugehörigkeit wird dadurch nicht unterbrochen."

folgende Vorschrift in das neue MuSchG einzufügen: "Über die Schutzfrist hinaus ist die Mutter auf Verlangen bis zur Dauer von 6 Monaten nach der Entbindung von der Arbeit freizustellen."[507]

Eine solche Norm hätte indes für die Praxis bedeutet, daß der Arbeitgeber einer Schwangeren, die von der Möglichkeit des Mutterschaftsurlaubs Gebrauch machte, den von dieser Arbeitnehmerin besetzten Platz im Betrieb für sie im Anschluß an die Schutzfristen eventuell bis zum Ablauf von weiteren 6 Monaten hätte freihalten müssen. Die daraus entstehende Belastung bezeichnete die Mehrheit des Ausschusses insbesondere für Kleinbetriebe, die vielleicht nur eine oder wenige Frauen beschäftigten und in denen jeder Arbeitsplatz ständig besetzt sein müsse, als "unzumutbar".[508]

An die Stelle des umfassenderen Vorschlags trat daher aufgrund solch rein finanzieller Erwägungen die eben beschriebene Kompromißregelung des § 10 Abs. 2 MuSchG 1968, der allenfalls der Charakter einer Art Ersatzlösung[509] bzw. eines "bescheidenen"[510] Ersatzes für den angestrebten Karenzurlaub zukommt.

---

507 Schriftl. Bericht des Ausschusses für Arbeit des BT, BTDrucks. zu IV/3652, S. 6

508 Wie Anm. vorher; vgl. auch Mager, ArbGeb 1967, 151, der die Behauptung aufstellt, eine derartige Bestimmung, die den Arbeitgeber verpflichte, den Arbeitsplatz der Frau entsprechend lange freizuhalten, könne infolge der damit für den Arbeitgeber verbundenen Schwierigkeiten dessen Neigung, überhaupt Frauen zu beschäftigen, erheblich beeinträchtigen und führe daher im Ergebnis zu einer Verminderung der beruflichen Chancen der Frau; siehe dazu weiterhin oben S. 22 f.

509 Fischwasser, BKK 1968, Sp. 131

510 Welzel, DB 1965, 1443; Zmarzlik, AR-Blattei D, Mutterschutz I, unter E II, meint, der § 10 MuSchG 1968 sei ein "schwacher Ersatz" für den nicht eingeführten Karenzurlaub.

V Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne Kündigung

Der in § 9 Abs. 1 MuSchG 1968 enthaltene Bestandsschutz der berufstätigen werdenden Mütter und Wöchnerinnen greift nur im Fall der Kündigung des Arbeitgebers gegenüber der Frau ein. Er ist daher grundsätzlich ohne Bedeutung, wenn die Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht durch Kündigung, sondern auf eine rechtlich anders ausgestaltete Weise erfolgt.

1) Die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages

Kommt ein rechtswirksamer Arbeitsvertrag gar nicht zustande, weil z.B. wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB)[511] oder gegen die guten Sitten (§ 138 BGB) die Nichtigkeit der Vereinbarung anzunehmen ist, so besteht zwischen dem Arbeitgeber und der erwerbstätigen Frau für die Zeit der Arbeitsleistung nur ein faktisches Arbeitsverhältnis.[512] Dieses kann von jeder Partei zu jedem Zeitpunkt gelöst werden, ohne daß es dazu einer Kündigung bedarf.[513] Für ein Eingreifen der Kündigungssperre nach § 9 Abs. 1 MuSchG 1968 ist dann kein Raum.[514]

2) Die Anfechtung des Arbeitsvertrages[515]

Der Kündigungsschutz des § 9 Abs. 1 MuSchG 1968 erfaßt nach überwiegender Ansicht auch nicht die Anfechtung der

---

511 Vgl. dazu BAG vom 27.11.1956, AP Nr. 2 zu § 4 MuSchG; Bulla, ArbRdG 1964, S. 54 f.; Gamillscheg, Festschrift für Molitor, S. 75 f.

512 Siehe dazu nur Nikisch, ArbR Bd. I, S. 172 f. m.w.N.

513 h.M.; vgl. nur Hueck/Nipperdey, ArbR Bd. I, S. 184 ff.; BAG vom 27.11.1956, AP Nr. 2 zu § 4 MuSchG; vom 15.11.1957, AP Nr. 2 zu § 125 BGB; vom 5.12.1957, AP Nr. 2 zu § 123 BGB; vom 19.6.1959, AP Nr. 1 zu § 611 BGB "Doppelarbeitsverhältnis"; vom 10.3.1960, AP Nr. 2 zu § 138 BGB; vom 7.12.1961, AP Nr. 1 zu § 611 BGB "Faktisches Arbeitsverhältnis".

514 Bulla/Hackbeil, § 9 Anm. 30; Meisel/Hiersemann, § 9 Anm. 22

515 Dazu allgemein Ramm, Die Anfechtung des Arbeitsvertrages (1955); derselbe, AuR 1963, 161 ff.

dem Arbeitsvertrag zugrunde liegenden Willenserklärungen.[516]

a) Die Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB

Zwar wird im allgemeinen die ihrer Natur nach nur vorübergehende Schwangerschaft einer Frau nicht als eine verkehrserhebliche Eigenschaft angesehen, deren Nichtkenntnis im Zeitpunkt der Einstellung den Arbeitgeber eventuell später zu einer Anfechtung gem. § 119 Abs. 2 BGB berechtigen könnte;[517] doch erleidet dieser Grundsatz schon dann eine wesentliche Einschränkung, wenn es besondere Umstände unmöglich erscheinen lassen, daß die vertraglich geschuldete Leistung im Zustand der Schwangerschaft erbracht wird.[518] Das ist etwa bei Bühnenkünstlerinnen, Mannequins, Sportlehrerinnen und allen Berufen mit entsprechenden Aufgabenbereichen gegeben.

Ebenso wie in diesen zur Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB berechtigenden Sonderfällen gesteht das BAG dem Arbeitgeber auch dann ein Anfechtungsrecht zu, wenn die mit der Schwangerschaft verbundenen Beschäftigungsverbote bei einer nur für eine verhältnismäßig kurze Zeit beschäftigten Aushilfs- oder Saisonkraft dazu führen, daß sie während der überwiegenden Zeit der Beschäftigung ihre Arbeitsleistung nicht erbringen kann und dadurch der Vertragszweck vereitelt oder doch erheblich beeinträchtigt wird.[519]

---

516 So BAG vom 5.12.1957, vom 22.9.1961, AP Nr. 2, 15 zu § 123 BGB; vom 6.10.1962, AP Nr. 24 zu § 9 MuSchG; Nikisch, ArbR Bd. I, S. 813; Endemann, BB 1953, 268; Molitor, BlStSozArbR 1953, 252; Osthold, ArbGeb 1953, 966; differenzierend Bulla, ArbRdG 1964, S. 56 - 59. Gamillscheg, Festschrift für Molitor, S. 79, will dagegen, entsprechend dem Sinn des § 9 MuSchG, eine Ausdehnung des Kündigungsverbots auf die Fälle der Anfechtung bejahen.

517 Vgl. BAG vom 8.6.1955, vom 6.10.1962, AP Nr. 2, 24 zu § 9 MuSchG; Bulla/Hackbeil, § 5 Anm. 84 m.w.N.

518 So BAG vom 6.10.1962, AP Nr. 24 zu § 9 MuSchG

519 BAG, a.a.O.; siehe auch Bulla/Hackbeil, § 5 Anm. 46

Das gilt sogar, wenn die Schwangere bei Abschluß des Vertrages von ihrem Zustand noch nichts wußte.[520]

b) Die Anfechtung nach § 123 BGB

Kennt die Frau ihren Zustand und beantwortet sie die im Verlauf des Einstellungsgesprächs gestellte Frage[521] nach der Schwangerschaft bewußt wahrheitswidrig, so ist zu überlegen, ob ein solches Verhalten eine arglistige Täuschung darstellt, die den Arbeitgeber nach § 123 Abs. 1 BGB zur Anfechtung und damit zur Lösung des Arbeitsverhältnisses berechtigt.

Das BAG[522] und ein Teil der Rechtslehre[523] bejahen das bereits immer dann, wenn der Arbeitgeber die betreffende Frage nur in angemessener Form gestellt, also etwa einen im Betrieb üblichen Fragebogen vorgelegt hat. Nach dieser Auffassung ist es für die Beurteilung der wahrheitswidrigen Aussage der Schwangeren als einer "arglistigen Täuschung" i.S. des § 123 BGB vollkommen unerheblich, welche Arbeiten die Bewerberin übernehmen soll und ob sich hier vielleicht gerade für eine werdende Mutter besondere Schwierigkeiten oder Hinderungsgründe ergeben könnten.

---

520 BAG, a.a.O., Zmarzlik, AR-Blattei D, Mutterschutz I, unter E I 4 b

521 Eine Offenbarungspflicht der Schwangeren auch ohne entsprechende Frage des Arbeitgebers ist grundsätzlich zu verneinen; Hessel, MuSchG 1968, Erlg. zu § 5 S. 28; Zmarzlik, AR-Blattei D, Mutterschutz I, unter D II 4. Sie wird nur anzunehmen sein, "wenn der Bewerberin bei den Verhältnissen des Betriebes offenkundig sein muß, sie wäre nicht eingestellt worden, wenn sie bei Einstellung ihre Schwangerschaft mitgeteilt hätte" (so Zmarzlik, AR-Blattei D, Mutterschutz I, unter E I 4 b) oder "wo der Arbeitnehmerin erkennbar war oder sein mußte, daß das Arbeitsverhältnis im Zustande der Schwangerschaft nicht durchführbar ist oder doch ganz erhebliche, dem Arbeitgeber deswegen nicht zumutbare Schwierigkeiten mit sich bringt" (so Bulla/Hackbeil, § 5 Anm. 90); zum Ganzen auch Hoppe, ArbuSozPol 1971, 230

522 So etwa BAG vom 22.9.1961, AP Nr. 15 zu § 123 BGB

523 Siehe die Nachweise bei Bulla/Hackbeil, § 5 Anm. 90a, 16e; ferner Zmarzlik, AR-Blattei D, Mutterschutz I, unter D II 4 und E I 4 b

Dagegen ist eine Mindermeinung[524] der Auffassung, die schwangere Bewerberin treffe nur dann eine aus dem Fragerecht des Arbeitgebers resultierende Offenbarungspflicht hinsichtlich ihres Zustandes - nur beim Bestehen einer derartigen Pflicht sind ihre wahrheitswidrigen Antworten überhaupt als "arglistige Täuschung" zu bezeichnen[525] -, wenn der Arbeitgeber ein für sie erkennbares Interesse habe, die freie Stelle nicht mit einer schwangeren Arbeitnehmerin zu besetzen. Das aber deckt sich weitgehend mit den eben angeführten Sonderfällen, in denen bereits eine Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB möglich ist.

Nach dieser differenzierten Betrachtung kann die am Anfang der Schwangerschaft stehende Arbeitnehmerin in der Praxis zumindest noch dann einen Arbeitsplatz erhalten, wenn sie in der Lage ist, die vorgesehene Tätigkeit trotz ihres Zustandes zufriedenstellend auszuüben.[526] Das erscheint als durchaus beachtenswerte und sachgerechte Lösung der hier zu bewertenden Interessenkollision.[527]

---

524 Siehe die Nachweise bei Bulla/Hackbeil, § 5 Anm. 90b, 16f, 17a, b; neuestens auch Fischer, Anm. zu LAG Düsseldorf/Köln vom 30.9.1971, BB 1972, 706

525 BAG vom 5.12.1957, AP Nr. 2 zu § 123 BGB

526 Bulla/Hackbeil, § 15 Anm. 17 m.w.N.

527 Ablehnend jedoch auch in diesem Punkt BAG vom 22.9.1961, AP Nr. 15 zu § 123 BGB, das demgegenüber die den Arbeitgeber zwangsläufig treffenden mutterschutzrechtlichen Lasten stärker betont und weiterhin die Überlegung in den Vordergrund stellt, der gesetzliche Mutterschutz wolle der werdenden Mutter den bereits erworbenen Arbeitsplatz und ihre wirtschaftliche Versorgung aus dem bereits bestehenden Arbeitsverhältnis gewährleisten; nicht jedoch solle dadurch der Schwangeren die Eingehung eines Arbeitsvertrages selbst, d.h. der Erwerb des Arbeitsplatzes unter allen Umständen gesichert werden; so auch schon BAG vom 27.11.1956, AP Nr. 2 zu § 4 MuSchG. Diese Interpretation des dem Mutterschutzrecht innewohnenden Sinnes unterstützt auch Richardi, a.a.O.

3) Die Beendigung des befristeten Arbeitsverhältnisses durch Ablauf der Befristung

a) Der Grundsatz

Findet das Arbeitsverhältnis einer dem gesetzlichen Mutterschutz grundsätzlich unterfallenden Berufstätigen kraft besonderer vertraglicher Abmachung sein Ende, bedarf es also dazu keiner Kündigung, so kann gleichfalls die besondere Kündigungssperre des § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG 1968 nicht von Bedeutung sein.[528] Hauptfälle solcher Vereinbarungen stellen die Abreden der Parteien dar, das Arbeitsverhältnis von vornherein nur für einen bestimmten Zeitraum einzugehen, es also nur befristet abzuschließen. Dann wird zumeist im Arbeitsvertrag der Beendigungszeitpunkt selbst oder aber ein gewisses tatsächliches Ereignis, dessen Eintritt das Arbeitsverhältnis auflösen soll, angegeben. Ist dieses nicht der Fall, so endet das Dienstverhältnis dennoch gem. § 620 Abs. 1 BGB auch ohne Kündigung, wenn sich die begrenzte Dauer der Beschäftigung für beide Teile erkennbar aus der Beschaffenheit oder dem Zweck der Arbeit ergibt, § 620 Abs. 2 BGB.

Enthält der Arbeitsvertrag einer Frau eine rechtswirksame Befristung,[529] so hindert nach Ablauf der vereinbarten Beschäftigung die eventuell zwischenzeitlich eingetretene Schwangerschaft den Arbeitgeber nicht, sich auf die nunmehr eingetretene Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu berufen.[530]

Danach enden also sowohl die zeitlich begrenzten Aushilfs- und Saisonarbeitsverhältnisse,[531] die Lehr-, Ausbildungs-

---

528 Bulla/Hackbeil, § 9 Anm. 33 ff.; Meisel/Hiersemann, § 9 Anm. 45 ff.; Baarz, DB 1965, 741

529 Zur Zulässigkeit einer Befristung siehe nur BAG AP Nr. 16 bis 26 zu § 620 BGB "Befristeter Arbeitsvertrag"; Hueck/Nipperdey, ArbR Bd. I, S. 530 ff.; Nikisch, ArbR Bd. I, S. 669 ff.; Molitor/Bürger, AR-Blattei D, Arbeitsvertrag - Arbeitsverhältnis, unter B; Molitor, AR-Blattei D, Kettenarbeitsverträge I

530 Bulla/Hackbeil, § 9 Anm. 33 m.w.N.; Hoppe, ArbuSozPol 1971, 233

531 BAG (GS) vom 12.10.1960, AP Nr. 16 zu § 620 BGB "Befristeter Arbeitsvertrag"; Bulla/Hackbeil, § 9 Anm. 36a; Baarz, DB 1965, 741; Cumpert, BB 1965, 911; Heimeier, DB 1954, 174 f.

und Anlernverhältnisse[532] als auch die mit einer festen Befristung[533] versehenen Probearbeitsverhältnisse[534] der schwangeren Frauen jeweils von selbst mit dem Erreichen des Fristendes - die Saison ist vorüber, das Aushilfsbedürfnis entfällt, die Ausbildungszeit ist abgelaufen oder die Probezeit ist verstrichen[535] - ohne daß eine Kündigung ausgesprochen werden muß. Einer derartigen Auflösung steht der Kündigungsschutz des § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG 1968 nicht entgegen.

---

532 BAM, Mitteilung vom 27.5.1952, BB 1952, 605; ArbG Hanau/Main vom 21.8.1969, BB 1970, 580; Köst, MuSchG 1952, § 9 Anm. 77; für das Anlernverhältnis: Bulla/Hackbeil, § 9 Anm. 36b; Gröninger/Thomas, § 9 Anm. 7c; Schmatz/Zmarzlik, § 9 Anm. 41.
Gerade dieser Umstand wird auch in den Gazetten scharf hervorgehoben und als "unmenschlich" bezeichnet, vgl. "Quick" Nr. 41 vom 6.10.1971 "Ein Lehrling weckte den Bundestag auf." Dort wird zudem davon berichtet, der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung habe auf eine entsprechende Anfrage des FDP-Bundestagsabgeordneten Schmidt versprochen, bei der nächsten Änderung des MuSchG 1968 zu prüfen, "wie solche Härten (künftig) vermieden werden könnten".

533 Zur Frage, wann das anzunehmen ist, siehe BAG vom 1.3.1968, AP Nr. 10 zu § 620 BGB "Probearbeitsverhältnis"; Hueck/Nipperdey, ArbR Bd. I, S. 539 ff.; Nikisch, ArbR Bd. I, S. 678 ff.; Butz, BB 1955, 1147 ff.; Dieterich, AR-Blattei D, Probearbeitsverhältnis, unter B

534 BAG vom 21.12.1957, AP Nr. 5 zu § 4 TVG; BAG vom 28.11. 1963, AP Nr. 26 zu § 620 BGB "Befristeter Arbeitsvertrag"; Hueck/Nipperdey, ArbR Bd. I, S. 731 Fußnote 72; Nikisch, ArbR Bd. I, S. 812; Neumann, DB 1964, 919

535 Während all dieser Zeiten findet das Mutterschutzrecht allerdings auf die in seinen Geltungsbereich fallenden Frauen uneingeschränkt Anwendung; vgl. BVerwG vom 26. 8.1970, AP Nr. 32 zu § 9 MuSchG (für das Lehrverhältnis); Nikisch, ArbR Bd. I, S. 812; Bulla/Hackbeil, § 1 Anm. 17, 18, 24; Baarz, DB 1965, 743; Koch, BB 1952, 580; Neumann, DB 1964, 919; Zmarzlik, AR-Blattei D, Mutterschutz I, unter B I 1

b) Die Geltendmachung der Befristung als unzulässige Rechtsausübung

Aber auch bei einer ursprünglich als zulässig anzuerkennenden Befristung kann in der späteren Berufung darauf ein Rechtsmißbrauch liegen, so daß diese unzulässig ist und das Beschäftigungsverhältnis der Schwangeren dadurch nicht beendet wird. Ein solcher Sachverhalt lag der Entscheidung des BAG vom 28.11.1963[536] zugrunde.

Hier hatte der Arbeitgeber mit einer vorbestraften Frau ein auf 4 Monate befristetes Probearbeitsverhältnis abgeschlossen, in dessen Verlauf sich die Arbeitnehmerin laut der in ihrem Zeugnis enthaltenen Aussagen "rasch eingearbeitet" sowie Zuverlässigkeit, Fleiß und gute Führung gezeigt hatte. Dennoch berief sich der Arbeitgeber nach Ablauf der 4 Monate auf die Befristung, wobei er als Grund dafür zwar erforderliche personelle Umbesetzungen in anderen Abteilungen des Betriebes angab, tatsächlich jedoch nur deshalb so vorging, weil die Arbeitnehmerin ihm ihre zwischenzeitlich eingetretene Schwangerschaft mitgeteilt hatte.

In einem derartigen Fall ist nach Ansicht des 2. Senats, der dabei ausdrücklich an dem vom Großen Senat[537] entwickelten Grundsatz, wonach bei einem anfänglich rechtswirksam befristeten Arbeitsvertrag später eintretende Umstände keinen Einfluß auf den Ablauf der Vertragszeit haben könnten, demnach auch eine während der Dauer des Arbeitsverhältnisses eintretende Schwangerschaft der Arbeitnehmerin den Arbeitgeber nicht hindere, sich auf die durch den Fristablauf ergebende Beendigung des Ar-

---

536 AP Nr. 26 zu § 620 BGB "Befristeter Arbeitsvertrag"

537 BAG (GS) vom 12.10.1960, AP Nr. 16 zu § 620 BGB "Befristeter Arbeitsvertrag"

beitsverhältnisses zu berufen,[538] festhält,[539] ausnahmsweise die Berufung auf die Befristung unter dem Gesichtspunkt der unzulässigen Rechtsausübung[540] unwirksam. Sie verstoße nicht nur "demonstrativ"[541] gegen die Grundgedanken des Mutterschutzrechts, sondern stehe auch mit der Aussage des Art. 6 Abs. 4 GG nicht in Einklang.

---

538 Kritisch dazu Gamillscheg, Festschrift für Molitor, S. 76 f.

539 Sowohl Gangloff, Anm. zu BAG vom 28.11.1963, AP Nr. 26 zu § 620 BGB "Befristeter Arbeitsvertrag", als auch Bulla, ArbRdG 1964, S. 60 f., melden erhebliche Zweifel an dieser Aussage des 2. Senats an, denn im Ergebnis habe das BAG jetzt bei der Prüfung, ob die Berufung auf die Befristung als eine nachträglich sich ergebende Gesetzesumgehung anzusehen sei, die erst später eingetretene Schwangerschaft in entscheidender Weise berücksichtigt und dadurch der ursprünglich gültigen Befristung die praktische Wirksamkeit entzogen. Dann aber stehe fest, daß die zunächst zulässige Befristung sehr wohl durch nachträglich eingetretene Umstände ihre Berechtigung verlieren könne und damit der im Urteil vom 12.10.1960 niedergelegte Grundsatz praktisch weitgehend durchbrochen sei. In diese Richtung zielten ebenfalls schon die Überlegungen Gamillschegs, a.a.O., nach dessen Auffassung die Tatsache, daß eine Befristung bei ihrer Vereinbarung wirksam war, nichts darüber aussagt, ob sie nicht nachträglich ihre Rechtfertigung verloren hat.

540 Teilweise wird in der Literatur angenommen, es sei richtiger, hierin "eine nachträglich sich einstellende Umgehung des MuSchG" zu sehen, so etwa Bulla, ArbRdG 1964, S. 60. Nikisch, ArbR Bd. I, S. 683, 812, hält offensichtlich beide Gesichtspunkte für möglich, wenn er ein derartiges Verhalten des Arbeitgebers als arglistig bezeichnet, das dann auch eine Umgehung des gesetzlichen Mutterschutzes bedeute.

541 BAG, a.a.O., unter 3. der Gründe

Allgemein wird man im Anschluß an die beiden o.a. Urteile des BAG vom 12.10.1960[542] und vom 28.11.1963[543] sagen können: nur in besonderen Fällen ist die Berufung des Arbeitgebers gegenüber einer Schwangeren auf die rechtswirksam vereinbarte Befristung des Arbeitsverhältnisses unzulässig und unwirksam. Ein besonderer Fall in diesem Sinne liegt beispielsweise dann vor, wenn das Handeln des Arbeitgebers die Voraussetzungen des § 226 BGB oder des § 826 BGB erfüllt.

4) Die Beendigung des auflösend bedingten Arbeitsverhältnisses durch Eintritt der Bedingung

Einer Kündigung bedarf es ebensowenig, wenn ein rechtswirksam auflösend bedingtes Arbeitsverhältnis mit dem Eintritt der zwischen den beiden Arbeitsvertragsparteien vereinbarten auflösenden Bedingung endet. § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG 1968 greift daher überhaupt nicht ein, wenn eine solche Bedingung während der Schwangerschaft oder innerhalb von vier Monaten nach der Entbindung eintritt.[544]

Entsprechend dem vom BAG in dem Beschluß vom 12.10.1960[545] für den befristeten Arbeitsvertrag entwickelten Grundsatz gilt jedoch auch für den auflösend bedingten Arbeitsvertrag, daß die Bedingung nur dann rechtswirksam ist und zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses führt, wenn sie von sachlichen Gründen getragen ist.[546]

---

542 AP Nr. 16 zu § 620 BGB "Befristeter Arbeitsvertrag"

543 AP Nr. 26 zu § 620 BGB "Befristeter Arbeitsvertrag"

544 BAG vom 28.11.1958, AP Nr. 3 zu Art. 6 Abs. 1 GG "Ehe und Familie"; BAG vom 17.5.1962, AP Nr. 2 zu § 620 BGB "Bedingung"; Hueck/Nipperdey, ArbR Bd. I, S. 732; Nikisch, ArbR Bd. I, S. 812

545 AP Nr. 16 zu § 620 BGB "Befristeter Arbeitsvertrag"

546 BAG vom 17.5.1962, AP Nr. 2 zu § 620 BGB "Bedingung"

Dabei sind gem. § 134 BGB vor allem jene Klauseln nichtig, die das Bestehen einer Schwangerschaft zum Inhalt der auflösenden Bedingung machen. Anderenfalls würde nämlich gerade der Zustand der Arbeitnehmerin als Anlaß der Auflösung des Arbeitsverhältnisses und damit zu ihrer Schutzlosstellung herangezogen, aufgrund dessen ihr der Gesetzgeber mit Hilfe des Mutterschutzrechts besondere Fürsorge zuteil werden lassen will.[547]

5) Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch kollektivrechtliche Kampfmaßnahmen

§ 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG 1968 bezeichnet ausdrücklich nur die gegenüber der Frau während der Schwangerschaft und bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Entbindung ausgesprochene Kündigung als unzulässig. Wenn daher, wie aus den vorangegangenen Ausführungen ersichtlich, alle Tatbestände, die das Arbeitsverhältnis der Schwangeren beenden, ohne daß dazu gerade eine Kündigung erforderlich ist, durch das Verbot des § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG 1968 gar nicht tangiert werden, so scheint diese Vorschrift schließlich auch nicht einer Lösung des Arbeitsverhältnisses von werdenden Müttern entgegenzustehen, die aufgrund von kollektivrechtlichen Maßnahmen und dabei insbesondere der vom Arbeitgeber ausgesprochenen lösenden Abwehraussperrung[548] im Verlauf von Arbeitskämpfen eintritt.

---

547 BAG vom 28.11.1958, AP Nr. 3 zu Art. 6 Abs. 1 GG "Ehe und Familie"; Hueck/Nipperdey, ArbR Bd. I, S. 732 Fußnote 76; Nikisch, ArbR Bd. I, S. 812 Fußnote 48; Bulla/Hackbeil, § 9 Anm. 38a; Köst, § 9 Anm. 24; Bulla, ArbRdG 1964, S. 61 m.w.N.

548 Für die Zulässigkeit einer nur suspendierenden Kampfmaßnahme (Streik oder Aussperrung) ist § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG 1968 schon von vornherein ohne Bedeutung. Durch sie wird nämlich der Bestand des Arbeitsverhältnisses gar nicht in Frage gestellt; es tritt vielmehr für die Dauer des Arbeitskampfes lediglich ein Ruhen der gegenseitigen Hauptpflichten ein; vgl. dazu näher Isele, Festschrift für Molitor, S. 107 ff. § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG 1968 bezieht sich dagegen in seiner Aussage eindeutig nur auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, also die endgültige Zerstörung des zwischen dem Arbeitgeber und der erwerbstätigen Frau bestehenden rechtlichen Bandes; ebenso Brox/Rüthers, S. 168; Bulla/Hackbeil, § 9 Anm. 45

a) Die frühere Auffassung des BAG

So hat denn auch das BAG in zwei früheren Entscheidungen die Auffassung vertreten, § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG hindere den Arbeitgeber nicht, während des Arbeitskampfes zur Abwehr eines Streiks auch gegenüber den besonders geschützten Arbeitnehmerinnen die lösende Abwehraussperrung zu erklären. Mit der Aussperrung werde dann das Arbeitsverhältnis rechtswirksam beendet.[549]

Das Gericht hatte sich dabei von folgenden Überlegungen bestimmen lassen.

aa) Das Urteil vom 19.10.1960[550]

Ausgangspunkt jeglicher Erörterung der hier anstehenden Frage müsse die vom Großen Senat des BAG bereits im Beschluß vom 28.1.1955[551] geäußerte Ansicht über das Wesen und die Rechtsnatur der Aussperrung sein. Danach bedeute die Aussperrung keine Kündigung, sondern einen den Regeln des Kündigungsrechts und des Kündigungsschutzrechts nicht unterliegenden Lösungstatbestand eigener Art. Für eine Anwendung des § 9 MuSchG sei daher zumindest dann kein Raum, wenn - wie im zu beurteilenden Fall - sich die schwangere Arbeitnehmerin aktiv am Streik beteiligt habe. Schließlich könne die rechtliche Stellung der werdenden Mütter auch nicht anders beurteilt werden als die der gleichfalls unter einem besonderen Arbeitsplatzschutz stehenden Schwerbeschädigten. Die Arbeitsverhältnisse dieser Arbeitnehmer seien jedoch, wie aus § 19 Abs. 5 SchwBeschG ersichtlich, bei Arbeitskämpfen fristlos zu lösen. "Eine andere Entscheidung würde nicht nur die Kampfparität erheblich beeinträchtigen, sondern insbesondere auch die von der Rechtsprechung des BAG ent-

---

549 BAG vom 19.10.1960, vom 25.1.1963, AP Nr. 11, 24 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"

550 AP Nr. 11 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"

551 AP Nr. 1 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"

wickelte Kampffreiheit erheblich beschneiden."[552]

Auch aus dem in Art. 6 Abs. 4 GG festgelegten Anspruch der Mutter auf Schutz und Fürsorge lasse sich nichts anderes herleiten. Der verfassungsrechtliche Grundsatz des Art. 6 Abs. 4 GG sei vom Gesetzgeber für die erwerbstätigen Mütter durch das MuSchG konkretisiert worden. Der im Rahmen dieses Gesetzes gewährte Bestandsschutz sei aber gerade nicht absolut, sondern belasse der geschützten Mutter das Risiko, im Verlauf eines Streiks durch die entsprechende Gegenmaßnahme des Arbeitgebers den Arbeitsplatz zu verlieren.

Allerdings bewirkten die sowohl in Art. 6 Abs. 4 GG als auch im MuSchG zum Ausdruck gekommenen Grundsätze des Schutzes und der Fürsorge für die Mütter vor und nach der Geburt eines Kindes, die neben anderen zu den das deutsche Arbeitsrecht maßgebend beeinflussenden Rechtsgedanken gehörten, daß der Arbeitgeber nach Beendigung des Arbeitskampfes regelmäßig aus sittlichen und rechtlichen Gründen verpflichtet sei, werdende Mütter und Wöchnerinnen bevorzugt wieder einzustellen.

bb) Das Urteil vom 25.1.1963[553]

In der Entscheidung vom 25.1.1963 hat das BAG die früheren Grundsätze zur Zulässigkeit der gegenüber Schwangeren erklärten lösenden Abwehraussperrung ausdrücklich wiederaufgenommen und weiterentwickelt.

Erneut wird die Aussperrung als ein Lösungstatbestand eigener Art angesehen, dem das mutterschutzrechtliche Kündigungsverbot nicht entgegenstehen kann. In Fortführung dieses insoweit auch schon im Urteil vom 29.10.1960 enthaltenen Grundsatzes kommt das Gericht jedoch nunmehr zu dem Ergebnis, das müsse bei einer rechtmäßigen Aus-

552 BAG, a.a.O., unter I der Gründe

553 AP Nr. 24 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"

sperrung auch gegenüber den werdenden Müttern und Wöchnerinnen gelten, die nicht aktiv am Streik teilgenommen, sondern vielmehr weiterhin ihre Arbeitskraft angeboten hätten.

Der von Galperin[554] und Gamillscheg[555] vertretenen Meinung, die hier angebrachte analoge Anwendung des § 9 MuSchG verbiete die lösende Aussperrung von nicht mitstreikenden werdenden Müttern und Wöchnerinnen, vermochte der Senat also nicht zu folgen. Er sah darin vielmehr "eine unzulässige Vermischung kollektiv-rechtlicher und arbeitsverhältnisrechtlicher (individualrechtlicher) Grundsätze".[556] Der Arbeitskampf vollziehe sich ausschließlich auf der Ebene des Kollektivs, und auch die erwerbstätige Frau werde nur als Teil des Kollektivs, nicht aber als Individuum mit der Aussperrung bekämpft. Der aus einer analogen Anwendung des § 9 MuSchG abgeleitete Hinweis, die Kampfmaßnahme greife unzulässigerweise in eine besonders geschützte individuelle Rechtsstellung ein, verschlage daher gegenüber der kollektiven Zielsetzung dieser Maßnahme nichts. Würde man ihn beachten, wären hingegen die für das Arbeitskampfrecht grundlegenden Prinzipien der Kampffreiheit und der Kampfparität beeinträchtigt.

Abschließend bekräftigte der Senat dann mit einem argumentum a fortiori die Pflicht des Arbeitgebers, die nicht am Streik beteiligt gewesenen, aber dennoch ausgesperrten Frauen unmittelbar nach Beendigung des Arbeitskampfes wieder einzustellen. Wirtschaftliche oder sonstige Gründe seien untauglich, das hinauszuzögern.

---

554 RdA 1959, 47

555 Festschrift für Molitor, S. 57, 81

556 BAG, a.a.O., unter 5. der Gründe

b) Die weiterführende Auseinandersetzung in der Literatur

Diese Auffassung des BAG hat in der Rechtslehre überwiegend Zustimmung erfahren.[557]

Insbesondere wurde im Anschluß daran erörtert, ob den Arbeitgeber eine Wiedereinstellungspflicht auch dann treffe, wenn ihm zur Zeit der Aussperrung die Schwangerschaft der Arbeitnehmerin weder bekannt war noch inner-

---

557 Vgl. dazu die umfangreichen Nachweise im Urteil des BAG vom 25.1.1963 sowie bei Bulla/Hackbeil, § 9 Anm. 45, 45a; ferner bei Vonnahme, Das Problem der Aussperrung bei werdenden Müttern und Wöchnerinnen, Diss. (1967).
Vom Gesetzgeber selbst wurde dabei zumindest hinsichtlich der Frage, ob die Aussperrung den Regeln des Kündigungsschutzrechts und damit auch dem § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG unterliege oder - so die h.L. und Rspr. - als ein davon unberührter Lösungstatbestand rechtlich eigener Art zu bezeichnen sei, durch die jetzt geltende Fassung des § 13 Abs. 2 Satz 1 MuSchG 1968 und des § 200 Abs. 1 RVO eine klärende Antwort im letzteren Sinn gegeben. Die im Entwurf des ÄndG 1965 (BTDrucks. IV/3125 neu) an diesen Stellen vorgesehenen Worte "zulässig gekündigt" wurden durch die Worte "zulässig aufgelöst" ersetzt. Damit sollten auch die Frauen gegen die Krankenkasse einen Anspruch auf Mutterschaftsgeld geltend machen können, die von einer - nach Ansicht des Gesetzgebers also zulässigen - Aussperrungsmaßnahme des Arbeitgebers betroffen wurden; vgl. Schriftl. Bericht des Ausschusses für Arbeit des BT, BTDrucks. zu IV/3652, S. 9; Bulla/Hackbeil, § 9 Anm. 45; Hessel, MuSchG 1968, Erlg. zu § 13 S. 86; Meisel/Hiersemann, § 9 Anm. 64; Schmatz/Zmarzlik, § 9 Anm. 43.
Damit war dann aber auch der von Gamillscheg, JZ 1965, 49 f., und Görner, DB 1956, 378, unter Auslegungsgesichtspunkten geäußerten Kritik an der Rspr. des BAG der Boden entzogen.

halb von zwei Wochen mitgeteilt wurde. Nach Bötticher[558] müßte das BAG von seiner Begründung der Wiedereinstellungspflicht her das wohl bejahen. Das erschien ihm indes nicht unproblematisch, weil der Arbeitgeber doch vor allem in einem kleineren Betrieb so bald wie möglich davon Nachricht erhalten muß, welcher ausgesperrte Arbeitnehmer einen unbedingten Wiedereinstellungsanspruch geltend machen kann.[559]

Weiterhin tauchte die Frage auf, ob ein Wiedereinstellungsanspruch der ausgesperrten Schwangeren oder Wöchnerin auch dann gegeben sei, wenn bei Beendigung des Arbeitskampfes die Schutzfrist des § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG bereits vorüber sei, ihr also zu diesem Zeitpunkt auch nach den unmittelbar nicht einmal eingreifenden Vorschriften des Mutterschutzrechts ein besonderer Bestandsschutz gar nicht mehr zustehe. Sie wurde von Bulla[560] sowie Gröninger/Thomas[561] positiv, von Köst[562] und Meisel/Hiersemann[563] dagegen negativ beantwortet.

c) Die neuere Auffassung des BAG, wie sie im Beschluß des Großen Senats vom 21.4.1971 zutage tritt

Die umfangreiche und ins einzelne gehende Diskussion darüber, ob die zur Abwehr eines Streiks ausgesprochene Aussperrung überhaupt geeignet sei, die Arbeitsverhältnisse auch schwangerer Arbeitnehmerinnen zu beenden und, wenn ja, ob der Arbeitgeber nach Abschluß des Arbeitskampfes diese Frauen zumindest sofort wieder einstellen müsse, zeigt sich indes nach dem grundlegenden Beschluß des Großen Senats zum Arbeitskampfrecht vom 21.4.1971[564] in einem vollkommen veränderten Licht.

---

558 Anm. zu BAG vom 25.1.1963, SAE 1963, 84

559 Bötticher, a.a.O.; ebenso Bulla/Hackbeil, § 9 Anm. 45a

560 Bulla/Hackbeil, § 9 Anm. 45a

561 § 9 Anm. 7h

562 § 9 Anm. 21

563 § 9 Anm. 65

564 AP Nr. 43 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"

aa) Die Ausgangsfrage

Anlaß für die Stellungnahme des Großen Senats war ein Beschluß des 1. Senats vom 3.9.1968,[565] durch den dem Großen Senat folgende Rechtsfrage zur Entscheidung vorgelegt wurde:

"Hält der Große Senat an seiner bisher vertretenen Auffassung fest, daß der Arbeitgeber einem von der Gewerkschaft geführten Streik mit einer die Arbeitsverhältnisse lösenden Aussperrung begegnen kann, oder billigt der Große Senat die Auffassung, daß der Arbeitgeber durch Aussperrung die Arbeitsverhältnisse nur suspendieren kann?"

Der Große Senat war demnach aufgerufen, sich zwischen den kontroversen Auffassungen zu entscheiden, die in Rechtsprechung und Literatur unter der Bezeichnung Lösungstheorie und Suspendierungstheorie angeführt werden.[566]

bb) Die allgemeinen Erwägungen des Großen Senats zum Wesen des Arbeitskampfes

Die Antwort des Großen Senats, in der er erklärtermaßen eine Abänderung und Fortentwicklung der in dem Beschluß vom 28.1.1955[567] enthaltenen Rechtsgrundsätze sieht, lautet, auf eine notwendigerweise stark vereinfachende Kurzform gebracht: Eine lösende Aussperrung ist nach wie vor möglich, wenngleich nur unter gegenüber bisher erschwerten Voraussetzungen.[568]

---

565 AP Nr. 39 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"

566 Vgl. dazu die Anmerkung von Nipperdey/Säcker zu BAG vom 3.8.1968, AP Nr. 39 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", wo in Fußnote 20 die Vertreter der Lösungstheorie bezeichnet sind, während sich in Fußnote 23 Angaben über die Autoren befinden, die der Ansicht sind, Aussperrung und Streik dürften nur suspendierend erfolgen.

567 AP Nr. 1 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"

568 Siehe JA 1971, ZR S. 175

Der Große Senat kommt zu diesem Ergebnis, indem er sehr sorgfältig und eingehend die Entwicklung der Rechtsprechung sowie die dagegen erhobenen Einwände darstellt und schließlich bei der Gegenüberstellung die Berechtigung dieser Kritik an der im Beschluß vom 28.1.1955[569] zum Ausdruck gekommenen Lösungstheorie unter insgesamt vier Gesichtspunkten anerkennen muß.[570] Weiterhin sei, so der Große Senat,[571] gegenüber der damaligen Auffassung die in der Zwischenzeit erfolgte Fortentwicklung des Arbeitsrechts zu berücksichtigen, in deren Verlauf Gesetzgebung und Rechtsprechung unter stärkerer Hervorhebung des Gedankens des sozialen Rechtsstaates (Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 GG) den Bestandsschutz des Arbeitsplatzes weiter vertieft hätten. Als Beispiel dafür seien die verlängerten Kündigungsfristen des § 622 Abs. 2 BGB und die durch die §§ 2, 8 KSchG n.F. neu eingeführte Möglichkeit des Arbeitnehmers anzusehen, eine ihm gegenüber ausgesprochene Änderungskündigung isoliert mit der Kündigungsschutzklage anzugreifen, ohne dadurch gleichzeitig Gefahr zu laufen, im Falle der Niederlage den Arbeitsplatz endgültig zu verlieren.

Im Anschluß an diese Erörterungen, denen eigentlich nur die Aufgabe einer darstellenden Einführung oder vorbereitenden Übersicht zukommt, entwickelt der Große Senat dann seine jetzige Auffassung zur Rechtswirkung der im Arbeitskampf erfolgenden kollektiven Maßnahmen.

Ausgangspunkt ist für ihn dabei das "oberste(n) Gebot der Verhältnismäßigkeit"[572], dessen unbedingte Beachtung während des Arbeitskampfes nur eine zwingende Folge der Erkenntnis sei, daß Streik und Aussperrung in unserer verflochtenen und wechselseitig abhängigen Gesellschaft nicht allein die unmittelbar Beteiligten, sondern auch

---

569 Wie Anm. 567

570 BAG, a.a.O., unter Teil II C 2 a - d der Gründe

571 Unter Teil II C 3 der Gründe

572 BAG, a.a.O., unter Teil III A 1 der Gründe

Nichtstreikende oder sonstige Dritte sowie die Allgemeinheit vielfach nachhaltig berührten.

Es ist im Rahmen dieser Arbeit weder von der Zielsetzung her angebracht noch vom Umfang her möglich, die vom Großen Senat auf der Grundlage des Gebots der Verhältnismäßigkeit für das umfassende Gebiet des Arbeitskampfrechts im einzelnen gezogenen Schlußfolgerungen und vertretenen Ansichten darzustellen oder gar einer eingehenden Analyse zu unterziehen. Das ist Aufgabe des allgemeinen arbeitsrechtlichen Schrifttums, dessen Vertreter sich dazu inzwischen ja auch bereits mehrfach zu Wort gemeldet haben.[573]

cc) Die Konsequenzen für die Aussperrung gegenüber Schwangeren und jungen Müttern

Hier interessiert ausschließlich, welchen Standpunkt der Große Senat nunmehr hinsichtlich der Zulässigkeit einer lösenden Aussperrung gegenüber Schwangeren und jungen Müttern einnimmt. Die Aussage des Gerichts zu diesem Punkt ist erfreulich eindeutig und überrascht auch nach den vorangegangenen Hinweisen auf die bei Rechtsprechung und Gesetzgebung allgemein zu beobachtende stärkere Hervorhebung des Gedankens des sozialen Rechtsstaates und der Betonung des Prinzips der Verhältnismäßigkeit[574] nicht.

"Der Gedanke der Verhältnismäßigkeit gebietet, daß gegenüber dem durch besondere gesetzliche Regelung geschützten Personenkreis Aussperrungen nur mit suspendierender Wirkung erfolgen können. Das gilt jedenfalls ... für Frauen, die unter den Schutz des § 9 Abs. 1 MuSchG fallen. Die

---

573 Vgl. Löwisch, Anm. zu BAG (GS) vom 21.4.1971, AR-Blattei D, Arbeitskampf I, Entscheidungen Nr. 3; derselbe, DfA 1971, 319 ff.; Müller, RdA 1971, 321 ff.; Musa, RdA 1971, 346 ff.; N.N., SozFort. 1971, 193 ff.; Reuss, AuR 1971, 353 ff.; Richardi, RdA 1971, 334 ff.; Scheuner, RdA 1971, 327 ff.

574 Zur Verknüpfung dieser beiden Gesichtspunkte auch schon BAG (GS) vom 28.1.1955, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf" unter I 3 der Gründe und Galperin, RdA 1959, 46 f.

Arbeitsverhältnisse dieser Arbeitnehmer dürfen wegen eines Arbeitskampfgeschehens nicht enden ... Auch für die unter das MuSchG fallenden Frauen und für die Schwerbeschädigten muß der gesetzlich gewährte Bestandsschutz Vorrang haben."[575]

Der Große Senat erklärt also die lösende Aussperrung gegenüber den durch § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG 1968 geschützten Frauen für unzulässig und gesteht einer sie betreffenden Arbeitskampfmaßnahme allenfalls suspendierende Wirkung zu. Er hält mithin die Kampfmaßnahme der Aussperrung überhaupt nicht mehr für geeignet, während des in § 9 Abs. 1 MuSchG 1968 genannten Zeitraums die zwischen Arbeitgebern und schwangeren oder gerade Mutter gewordenen Arbeitnehmerinnen bestehenden rechtlichen Bande des Arbeitsverhältnisses endgültig zu zerreißen.

dd) Die Bedeutung der neuen Rechtsprechung für die bisherige Auseinandersetzung

Zwar fanden sich auch schon früher in der Rechtslehre Überlegungen, die in diese Richtung zielten.[576] Wenn aber nunmehr das für die Klärung arbeitsrechtlicher Streitfragen letztinstanzlich zuständige Gericht, zudem noch durch seinen Großen Senat, eine derartige Rechtsansicht äußert, auf die sich zweifelsohne sowohl die Untergerichte in ihrer Spruchpraxis als auch die Verbände und Interessenvertretungen einschließlich ihrer Einzelmitglieder sehr schnell einstellen werden, und die hinsichtlich des hier allein zur Debatte stehenden Teilbereichs bereits in der Literatur Zustimmung gefunden hat,[577] so ist damit in der Rechtswirklichkeit das als Ansatzpunkt der bisherigen Diskussion anzusehende Spannungsverhältnis weggefallen, das sich ergab zwischen der - ursprünglich bejahten - Möglich-

---

575 BAG, a.a.O., unter Teil III C 5 der Gründe

576 Siehe nur Bulla, ArbRdG 1964, S. 66; Gamillscheg, Festschrift für Molitor, S. 81

577 Richardi, RdA 1971, 344

keit des Arbeitgebers, im Verlauf eines Arbeitskampfes mit Hilfe der Abwehraussperrung auch die Arbeitsverhältnisse der unter dem Mutterschutzrecht stehenden Frauen zu beenden und dem Zweck des § 9 Abs. 1 MuSchG 1968, der schwangeren Arbeitnehmerin für die Dauer der Schwangerschaft und des sich unmittelbar an die Entbindung anschließenden Zeitraums von vier Monaten in ihrem eigenen Interesse und dem des Kindes die Sicherheit zu geben, den Arbeitsplatz nicht gegen ihren Willen verlieren zu können und sie dadurch zur Inanspruchnahme des gesetzlichen Mutterschutzes anzuhalten.[578]

Ebenso wie gegen die Beendigung der Arbeitsverhältnisse durch eine vom Arbeitgeber ausgehende Kündigung sind die in § 9 Abs. 1 MuSchG 1968 angesprochenen Frauen als Folge der vom Großen Senat des BAG in dem Beschluß vom 21.4. 1971[579] geäußerten Rechtsansicht nun auch dagegen geschützt, anläßlich einer Aussperrung,[580] ihren Arbeitsplatz endgültig zu verlieren.

Angesichts eines solchen Ergebnisses, welches zutreffend die Bedeutung des in § 9 Abs. 1 MuSchG 1968 enthaltenen allgemeinen Grundsatzes auch im Bereich des Arbeitskampfrechts würdigt, kann es nicht mehr zutreffend sein, die Rechtsprechung zu diesem Komplex "als mit dem sozialstaatlichen Gebot des Mutterschutzes unvereinbar" zu bezeichnen.[581] Die bisher geäußerte Kritik stößt, da ihr vom Großen Senat des BAG weitgehend Rechnung getragen wurde, heute ins Leere.

---

578 Dazu schon oben S. 149

579 Siehe Anm. 564

580 Der den Arbeitskampf eröffnenden Angriffsaussperrung gesteht der Große Senat in seinem Beschluß vom 21.4. 1971 schon gegenüber allen Arbeitnehmern eine bloß suspendierende Wirkung zu; vgl. BAG, a.a.O., unter Teil III C I der Gründe

581 So aber noch - von der damaligen Rechtslage her durchaus begründet - Gamillscheg, Festschrift für Molitor, S. 82

VI Abschließende Betrachtung

Gerade der Beschluß des Großen Senats des BAG vom 21.4.1971[582] zeigt erneut das Bestreben, auch eng begrenzte Einzelfragen nicht isoliert zu sehen, sondern bei ihrer Beantwortung zugleich die hinter der eventuell einschlägigen Vorschrift stehende Gesamtvorstellung des Gesetzgebers zu erfassen und daran die Entscheidung auszurichten. Eindrucksvoller Beleg für die Richtigkeit dieser Annahme ist die Art und Weise, wie der Große Senat auf der Grundlage und in Weiterführung der durch Rechtsprechung und Gesetzgebung geprägten Tendenz, durch stärkere Hervorhebung des Gedankens des sozialen Rechtsstaates den Bestandsschutz des Arbeitsplatzes auszudehnen, die eigenen Erwägungen methodisch vorbereitet und dementsprechend die hier interessierende Einzelfrage in der Form beantwortet, daß bei dem durch besondere Regelungen geschützten Personenkreis, wie den der Vorschrift des § 9 Abs. 1 MuSchG 1968 unterfallenden Frauen, der gesetzlich gewährte Bestandsschutz Vorrang haben müsse, hier also allenfalls eine Aussperrung mit Suspensiveffekt in Frage komme.

Es wäre, vor allem auch im Interesse der Verwirklichung des unverändert erstrebenswerten Ziels, den erwerbstätigen werdenden Müttern und Wöchnerinnen in den Zeiten der größten seelischen und körperlichen Bedrängnisse eine möglichst weitgehende Hilfe und einen umfassenden Schutz vor den mit dem Arbeitsverhältnis verbundenen Belastungen zuteil werden zu lassen, zu wünschen, daß die ja nicht nur in dieser Entscheidung des BAG zu beobachtende Heranziehung der in den Art. 20 und 28 GG zum Ausdruck gekommenen Grundentscheidung der Verfassung für die Bewertung einer Einzelfrage von Rechtsprechung, Lehre und nicht zuletzt auch vom Gesetzgeber zum erneuten Anlaß genommen wird,den gesetzlichen Mutterschutz der erwerbstätigen Frauen in der

---

582 AP Nr. 43 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"

Bundesrepublik Deutschland auf seine Übereinstimmung mit der dem Sozialstaatsgrundsatz und dem Art. 6 Abs. 4 GG in gleicher Weise zu entnehmenden Forderung nach lückenloser Fürsorge zu überprüfen. Vielleicht kann diese Arbeit dabei eine Hilfe sein.

V. Teil: Der gesetzliche Mutterschutz in der DDR

1. Kapitel: Die Funktion des sozialistischen Arbeitsrechts, insbesondere des Mutterschutzrechts

"Die neuen Wesenszüge des sozialistischen Menschen bilden sich im gesellschaftlichen Arbeitsprozeß heraus. Hier entwickeln sich zuallererst gegenseitige Hilfe und kameradschaftliche Zusammenarbeit, Verantwortungsbewußtsein für das Ganze und andere Eigenschaften, die die Beziehung der Menschen auch in den übrigen Sphären des gesellschaftlichen Lebens prägen und die sozialistische Menschengemeinschaft charakterisieren.

Daher besteht auch die erste Aufgabe bei der rechtlichen Gleichstellung der Frau darin, alle Voraussetzungen zu schaffen und ständig zu vervollkommnen, damit die Frauen und Mädchen ihr Recht auf schöpferische Arbeit wahrnehmen können."[583]

Diese grundlegende Aussage,[584] wonach die allgemeine gesellschaftliche Stellung eines jeden Menschen mit seiner Stellung im gesellschaftlichen Arbeitsprozeß korrespondiert, ist der bestimmende ideologische Ausgangspunkt für das gesamte Arbeitsrecht und damit auch für den gesetzlichen Mutterschutz in der DDR. Sie findet ihren Niederschlag in mehreren gesetzlichen Bestimmungen. So werden Gesellschaft und Staat durch Art. 20 Abs. 2 Satz 2 der Verfassung der DDR[585] aufgerufen, der Frau besonders durch Förderung im Bereich der beruflichen Qualifizierung zu einer dem Mann gleichen Rechtsstellung zu verhelfen; § 123 GBA besagt in seinem Abs. 1 noch deutlicher, daß die Gleichberechtigung der Frau in der sozialistischen Gesellschaft durch die Teilnahme am Arbeitsprozeß und die Mitwirkung an der Leitung von Staat und Wirtschaft voll

---

583 Michas und andere, S. 580

584 Siehe dazu auch Jonkisch, AuS 1962, 110 ff.

585 Vom 6.4.1968 (GBl. I S. 199)

verwirklicht werde und verpflichtet dementsprechend in Abs. 2 die Organe der Staatsmacht und die Betriebsleiter, der Frau die Teilnahme am Arbeitsprozeß und damit die "volle Entfaltung ihrer sozialistischen Persönlichkeit"[586] zu ermöglichen.

Von daher kann das primäre Ziel auch des gesetzlichen Mutterschutzes in der DDR nur darin gesehen werden, die arbeitsfähigen Frauen einschließlich der Schwangeren und jungen Mütter zahlenmäßig und zeitlich möglichst weitgehend in den Arbeitsprozeß einzubeziehen.[587] Die entsprechenden arbeitsrechtlichen Bestimmungen bezwecken dann, im Gegensatz zu unserer Rechtsordnung, nicht mehr überwiegend den Schutz der einzelnen Arbeitnehmerin, sondern dienen, trotz der allgemeinen ideologischen Verkleidung noch deutlich erkennbar, auch und gerade staatlichen Interessen, insbesondere der Steigerung der Arbeitsproduktivität sowie der Durchführung des staatlich zentral aufgestellten Volkswirtschaftsplanes.[588]

Angesichts einer derartig überragenden gesellschaftspolitischen Aufgabe des Arbeitsrechts im allgemeinen[589] und des gesetzlichen Mutterschutzes im besonderen für das Selbstverständnis des sozialistischen Staates wird nur zu deutlich, wieso gerade dieses Gebiet des Arbeitsschutzrechts in der Literatur der DDR immer wieder herangezogen wird, um durch einen Vergleich mit den entsprechenden Regelungen in Westdeutschland die grundsätzliche Überlegenheit des eigenen Staates zu demonstrieren. Da-

---

586 Michas und andere, S. 580

587 Vgl. Mampel, S. 395

588 So Mampel, Entwicklung, S. 12, 21; Lieser-Triebnigg, RdA 1971, 86; Pleyer/Lieser-Triebnigg, RdA 1971, 65. Ausdrücklich besagt das § 1 Abs. 2 Satz 3 GBA; siehe weiterhin die in den §§ 4, 4a GBA aufgestellten Grundsätze.

589 Vgl. dazu schließlich auch die Präambel zum GBA, wo es am Schluß heißt: "Das sozialistische Arbeitsrecht übt eine aktive Rolle bei der Entfaltung der Produktivkräfte und der Vervollkommnung der sozialistischen Arbeitsdisziplin und Arbeitsmoral aus und fördert die Entwicklung der Werktätigen zu neuen, sozialistischen Menschen.

bei werden allerdings die hier aufgezeigten prinzipiellen Unterscheide in der Zweckrichtung der gesetzlichen Bestimmungen, die in der Gesamtschau vieles doch in einem anderen Licht erscheinen lassen, begreiflicherweise weitgehend vernachlässigt.[590]

Vor diesem gesellschafts- und wirtschaftspolitischen Hintergrund der Frauenarbeit bekommt dann auch Art. 38 Abs. 5 der Verfassung der DDR - Mutter und Kind genießen den besonderen Schutz des sozialistischen Staates. Schwangerschaftsurlaub, spezielle medizinische Betreuung, materielle und finanzielle Unterstützung bei Geburten und Kindergeld werden gewährt - seine eigentliche Bedeutung für den Bereich des gesetzlichen Mutterschutzes. Durch alle diese Maßnahmen sollen die werdenden Mütter nicht etwa vorwiegend die Möglichkeit erhalten, sich weitgehend unbelastet von den Erschwernissen der Erwerbstätigkeit im Kreis der Familie auf die Aufgabe als Mutter vorzubereiten. Die Bestimmung der Frau in der sozialistischen Gesellschaft kann nach dem vorher Gesagten nicht darin liegen, in ihrer Eigenschaft als Hausfrau und Mutter den Mittelpunkt der Familie zu bilden - den Mittelpunkt einer geschlossenen, natürlichen Einheit, in der allein sich die enge Beziehung zwischen Mutter und Kind entfalten kann, die ihrerseits als unbedingte Voraussetzung für ein unbeschwertes Heranwachsen des Kindes zu gelten hat.[591]

Eine derartige Förderung des Familienlebens, die in der Achtung und Schutzgewährung für den von dem Individuum zur Selbstverwirklichung in Anspruch genommenen privaten Lebensbereich ihre Grundlage findet, kann nicht das Ziel des gesetzlichen Mutterschutzes in einem kommu-

---

590 Vgl. Hartnick, AuS 1956, 414 f.; Hess, AuS 1962, 139; Hochow, AuS 1956, 478 f.; Pätzold, AuS 1955, 245 ff.; Sturmhöfel, AuS 1960, 113 f.

591 Siehe oben S. 45 (Text und Anm. 151, 152)

nistisch regierten Land sein.[592] Die Frau soll hier im Gegenteil durch die häuslichen Aufgaben, also etwa durch die Pflege und Versorgung der Kinder gerade nicht von ihrer Primärpflicht,[593] nämlich der Erfüllung ihrer Aufgabe im gesellschaftlichen Produktionsprozeß, abgehalten werden.[594] Die Obhut der Kinder übernehmen Organe des Staates.

Auf diese Weise wird auch mit Hilfe des Arbeitsrechts die Familie als Keimzelle und kleinste Einheit der Gesellschaft zerstört. An ihre Stelle tritt der Betrieb, der sich in der sozialistischen Gesellschaft weit davon entfernt hat, nur organisatorische Einheit zu sein, innerhalb derer einer allein oder mehrere zusammen unter Einsatz von materiellen und immateriellen Mitteln bestimmte Zwecke fortgesetzt verfolgen.[595] Er ist jetzt die Stätte der Erziehung aller Werktätigen zum Menschen mit sozialistischem Bewußtsein und wird von daher zum Mittelpunkt des Lebens, ja zum alleinigen Tor zur geselligen, sportlichen und kulturellen Betätigung.

Diese notwendigerweise nur grob skizzierende Darstellung der ideologischen Ausrichtung des sozialistischen Arbeitsrechts bildet den Rahmen, in dem die Vorschriften des Mutterschutzrechts der DDR zu sehen und zu verstehen sind.[596]

---

592 Lehnecke, S. 48; Mampel, S. 395

593 In der Rechtslehre der DDR wird hier weniger auf das Bestehen einer Arbeitspflicht, sondern mehr, in Übereinstimmung mit Art. 24 Abs. 2 der Verfassung der DDR, auf die darin liegende Geltendmachung des Rechts auf Arbeit hingewiesen; vgl. Michas und andere, S. 141 ff. m.w.N.

594 Lehnecke, S. 48
Im Zusammenhang damit sind auch die (stolzen) Angaben über den hohen Anteil berufstätiger Frauen zu sehen; vgl. nur Michas und andere, S. 580. Zahlenmaterial enthalten auch die Übersichten Nr. 26 und 27 im Bericht der Bundesregierung und Materialien zur Lage der Nation (1972)

595 So etwa die Definition bei Hueck/Nipperdey, ArbR Bd. I, S. 93

596 Ähnlich Bulla/Hackbeil, Einl. Anm. 57

2. Kapitel: Die gesetzlichen Grundlagen des Mutterschutzes in der DDR

Ebenso wie im Bereich der späteren Bundesrepublik Deutschland war auch im östlichen Teil Deutschlands mit dem Zusammenbruch des Deutschen Reiches dem Leistungssystem des gesetzlichen Mutterschutzes durch den Wegfall der auf § 14 Abs. 3 Satz 2 MuSchG 1942 gestützten Erstattungsleistungen des Reiches gegenüber den Krankenkassen die finanzielle Grundlage entzogen.[597] In gleicher Weise mußte also auch hier ein neues Mutterschutzrecht geschaffen werden. Die nicht näher darzustellende Entwicklung hat dazu geführt, daß heute insbesondere zwei Gesetze und eine Rechtsverordnung die Grundlage des gesetzlichen Mutterschutzes in der DDR bilden.

(1) Das Gesetzbuch der Arbeit der Deutschen Demokratischen Republik - GBA - vom 12.4.1961,[598] das in der Zwischenzeit mehrfach geändert wurde, zuletzt durch das Gesetz über die gesellschaftlichen Gerichte der Deutschen Demokratischen Republik - GGG - vom 11.6.1968.[599]

(2) Das Gesetz über den Mutter- und Kinderschutz und die Rechte der Frau vom 27.9.1950.[600]

(3) Die Verordnung über die Sozialversicherung der Arbeiter und Angestellten - SVO - vom 21.12.1961,[601] die seitdem gleichfalls durch verschiedene Verordnungen geändert wurde, in jüngster Zeit durch die 5. VO über die Verbesserung der Leistungen der Sozialversicherung vom 10.5.1972[602] sowie die VO über die Erhöhung der staatlichen Geburtenbeihilfe und die Verlängerung des Wochenurlaubs vom 10.5.1972.[603]

---

597 Vgl. Fischer, AuS 1947, 126

598 GBl. I S. 27

599 GBl. I S. 229

600 GBl. S. 1037

601 GBl. II S. 533

602 GBl. II S. 307

603 GBl. II S. 314

Wie im MuSchG 1968 wird auch hier der gesetzliche Mutterschutz, dem grundsätzlich alle werktätigen Frauen unterfallen, in erster Linie durch Beschäftigungsverbote, Kündigungsverbote und mit Hilfe von den Schwangeren und Wöchnerinnen gegenüber zu erbringenden finanziellen Leistungen verwirklicht. Daneben enthalten die o.a. Vorschriften aber auch Rechtsinstitute, die im Mutterschutzrecht der Bundesrepublik Deutschland keine Entsprechung finden. Das wird im folgenden näher auszuführen sein.

3. Kapitel: Der Gefahrenschutz für werktätige Schwangere und Wöchnerinnen

I Die für alle Frauen geltenden Beschäftigungsverbote

Aufgrund der Generalklausel des § 129 Abs. 1 GBA dürfen Frauen allgemein nicht mit schweren oder gesundheitsgefährdenden Arbeiten beschäftigt werden. Diese Arbeiten sind gem. § 129 Abs. 1 Satz 2 GBA in einer Arbeitsschutzanordnung festzulegen. Als solche, die Forderung des § 129 Abs. 1 GBA erfüllende Arbeitsschutzanordnung gilt zur Zeit noch die Anlage 2 zu der im übrigen aufgehobenen VO zum Schutze der Arbeitskraft vom 25.10.1951.[604] In ihr sind alle die Arbeiten verzeichnet, bei denen "die Beschäftigung von Frauen verboten oder nur dann gestattet ist, wenn durch die Produktionstechnik im Betrieb keine Gesundheitsgefährdung der Frau besteht". Die dann in der Anlage im einzelnen aufgeführten Tätigkeiten[605] werden von diesem Ausgangspunkt her also keinesfalls unter allen Umständen als gesundheitsgefährdend angesehen. Das entscheidende Kriterium, welches in der Praxis eine weitgehende Durchbrechung des allgemeinen Beschäftigungsverbots

---

604 GBl. S. 957; vgl. hierzu die 3. DBest. zur ArbeitsschutzVO - Beschäftigung von Frauen und Jugendlichen - vom 14.12.1964 (GBl. II 1965 S. 17)

605 Das Verzeichnis ist auch abgedruckt bei Mampel, S. 399 f.

ermöglicht, ist vielmehr die Produktionstechnik des jeweiligen Betriebes. Wer aber nun die Produktionstechnik auf ihre konkrete Gesundheitsgefährdung hin zu beurteilen hat, ist nicht festgelegt. Entsprechend dem in § 88 Abs. 1 GBA enthaltenen Grundsatz, wonach die Betriebsleiter und die ihnen übergeordneten Organe für den Gesundheits- und Arbeitsschutz verantwortlich sind,[606] wird man jedoch davon ausgehen können, daß diese Stellen im Einzelfall auch über die Beschäftigung der Frauen mit den angesprochenen Arbeiten entscheiden. Führt ihrer Auffassung nach die in dem Betrieb angewandte Produktionstechnik nicht zu einer Gesundheitsgefährdung der Arbeitnehmerinnen, so steht einer Beschäftigung der Frauen auch mit den in der Anlage ausdrücklich benannten Arbeiten nichts mehr entgegen.[607]

II Die generellen[608] Beschäftigungsverbote für Schwangere und stillende Mütter außerhalb des Schwangerschafts- und Wochenurlaubs

Während im Rahmen der allgemeinen Vorschriften Nacht- und Überstundenarbeit von Frauen unbeschränkt zulässig ist,[609] besteht gem. § 130 Abs. 1 GBA zumindest ein ab-

---

606 Siehe dazu Etzold/Pompoes/Wittenbeck/Bretschneider, S. 56 ff.

607 Zu den Befürchtungen, daß selbst dieser nur sehr lückenhafte Schutz durch die im Bereich der zukünftigen Arbeitsschutzanordnung vorgesehene und von dem jetzigen Rechtszustand abweichende Konstruktion, nach der generell alle Arbeiten erlaubt und ausnahmsweise nur dann verboten sind, wenn die Mindestanforderungen für Frauen und Jugendliche nicht vorliegen, noch verkürzt wird, vgl. Mampel, S. 400 Fußnote 1020

608 Die in der Bundesrepublik Deutschland übliche Unterscheidung in generelle und individuelle Beschäftigungsverbote wird, soweit ersichtlich, im Schrifttum der DDR nicht gemacht. Sie soll jedoch in dieser Arbeit bei der Darstellung des ostzonalen Mutterschutzes gleichfalls verwendet werden, um so einen besseren Vergleich zu ermöglichen.

609 Eine Ausnahme gilt für Frauen, die in ihrem Haushalt Kinder im Alter bis zu 6 Jahren oder andere pflegebedürftige Haushaltsangehörige ohne ausreichende Hilfe zu betreuen haben. Sie können nach § 130 Abs. 2 GBA ablehnen, bei Überstunden- oder Nachtarbeit eingesetzt zu werden.

solutes Verbot, Schwangere oder stillende Mütter zu Überstunden- oder Nachtarbeit heranzuziehen.

Als weitere Bestimmung, die eine, gegenüber dem allgemeinen Frauenarbeitsschutz gesteigerte Fürsorge im Bereich der Beschäftigungsverbote enthält, sind auch Satz 2 und 3 der o.a. Anlage 2 zu der VO zum Schutze der Arbeitskraft vom 25.10.1951 zu nennen. Hier werden die im allgemeinen für Frauen beim Tragen und Bewegen von Lasten als zulässig angesehenen Höchstgewichte für Schwangere und stillende Mütter noch einmal halbiert.[610]

Darüber hinaus gibt es aber im Mutterschutzrecht der DDR keine dem Katalog des § 4 MuSchG 1968 vergleichbare Vorschrift, in der etwa festgelegt wäre, mit welchen Arbeiten die werdenden Mütter - anders als ihre Kolleginnen - allgemein nicht beschäftigt werden dürfen. Es läßt sich damit feststellen, daß auf dem Gebiet der generellen Beschäftigungsverbote, wo vor allem arbeits- und präventivmedizinische Gesichtspunkte bestimmend sind - diese Verbote greifen ja automatisch ein, ohne daß im Einzelfall eine arbeitsbedingte übermäßige Belastung oder gar Gesundheitsgefährdung der Frau vorliegen muß - die werktätige Schwangere und stillende Mutter in der DDR einen gegenüber den allgemeinen und oben bereits als unzulänglich erkannten Vorschriften nur unwesentlich verbesserten Schutz genießt.

III Die individuellen[611] Beschäftigungsverbote für Schwangere und stillende Mütter

So gewinnt denn für die in den Produktionsprozeß eingegliederte Frau vor allem eine Vorschrift an praktischer Bedeutung, die man - nach der bei uns gebräuchlichen Unterscheidung - im Vergleich zu dem eben genannten Katalog

---

610 Vgl. die entsprechende Vorschrift des § 4 Abs. 2 Ziffer 1 MuSchG 1968

611 Siehe Anm. 608

der Anlage 2 zum Schutze der Arbeitskraft vom 25.10. 1951 wohl als die rechtliche Grundlage eines individuellen Beschäftigungsverbots bezeichnen darf.

Laut § 129 Abs. 2 GBA ist es verboten, Schwangere und stillende Mütter mit Arbeiten zu beschäftigen, die nach Gutachten des Betriebsarztes oder des Arztes der Schwangerenberatungsstelle das Leben oder die Gesundheit der Frau bzw. des Kindes gefährden könnten. Hier ist die Antwort auf die Frage nach der Zulässigkeit der Beschäftigung einer Schwangeren oder stillenden Mutter an einem bestimmten Arbeitsplatz somit nicht von vornherein in der Form einer von der Einzelfallgestaltung unabhängigen Aufzählung der verbotenen Arbeiten festgelegt, sondern es bedarf - dem Wesen der individuellen Beschäftigungsverbote entsprechend - dazu jeweils einer besonderen Entscheidung, bei der sämtliche Umstände der speziellen Situation umfassend zu berücksichtigen sind. Um das zu gewährleisten, ist nicht nur, wie in der alle Frauen erfassenden Regelung des § 129 Abs. 1 GBA i.V. mit der Anlage 2 zur VO zum Schutze der Arbeitskraft vom 25.10.1951, die Produktionstechnik im Betrieb bedeutsam. Vielmehr kommt es maßgebend auf das entsprechende ärztliche Gutachten an, in dem allein eine zutreffende Bewertung der in Frage stehenden Arbeit hinsichtlich ihrer Gefährdung für Leben oder Gesundheit der Frau bzw. des Kindes erfolgen kann.

Wird eine solche Gefährdung aus ärztlicher Sicht bejaht, dann steht fest, daß die Schwangere oder stillende Mutter zumindest nicht mehr an ihrem bisherigen Arbeitsplatz weiter beschäftigt werden darf. Das hat jedoch nicht eine unbedingte Befreiung von der Erbringung jeglicher Arbeitsleistung zur Folge, zumal eine derartige gänzliche Herauslösung aus dem Produktionsprozeß für sie - wenn sie in ihrem Zustand überhaupt noch arbeitsfähig ist - aufgrund der überragenden gesellschaftspolitischen Bedeutung

der aktiven Teilnahme am sozialistischen Arbeitsprozeß, wenigstens nach Ansicht des Gesetzgebers, auch gar nicht erwünscht sein kann.

So sind denn die Schwangeren und stillenden Mütter in diesen Fällen - gem. dem ausdrücklichen Gebot des § 129 Abs. 3 Satz 1 GBA - mit einer leichteren oder geeigneteren Arbeit zu beschäftigen. Dabei ist jeder Betrieb verpflichtet, derartige "Schonplätze" in genügender Anzahl bereitzustellen.[612]

IV Der Schwangerschafts- und Wochenurlaub

Für die den Schwangeren während der Zeit vor der Geburt in der Form des Schwangerschaftsurlaubs und den jungen Müttern im unmittelbaren Anschluß an die Entbindung in der Form des Wochenurlaubs zustehende generelle Freistellung von der Arbeit enthält § 131 Abs. 1 GBA nur den lapidar klingenden Grundsatz: Frauen erhalten im Zusammenhang mit der Geburt eines Kindes Schwangerschafts- und Wochenurlaub entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen. Bei komplizierten oder Mehrlingsgeburten wird der Wochenurlaub um 2 Wochen verlängert.

Die hierfür einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen finden sich in § 43 Abs. 1 SVO, der zuletzt durch die VO über die Erhöhung der staatlichen Geburtenbeihilfe und die Verlängerung des Wochenurlaubs vom 10.5.1972[613] geändert wurde.

§ 43 Abs. 1 Satz 1 SVO besagt nunmehr, daß Frauen, die bis zum Beginn des Schwangerschafts- und Wochenurlaubs gearbeitet haben und dadurch bei der Sozialversicherung der Arbeiter und Angestellten pflichtversichert sind,[614]

---

612 Demmler und andere, S. 172 f.; Mampel, S. 401
Zum allgemeinen Begriff der "Schonarbeit" siehe auch § 95 Abs. 1 GBA sowie Michas und andere, S. 456 f.

613 GBl. II S. 314

614 Zur Pflichtversicherung vgl. § 14 SVO

6 Wochen Schwangerschaftsurlaub vor der Entbindung und 12 Wochen Wochenurlaub nach der Entbindung erhalten.[615] [616] § 43 Abs. 2 SVO wiederholt nur § 131 Abs. 1 Satz 2 GBA, wonach sich der Wochenurlaub bei Mehrlingsgeburten oder komplizierten Entbindungen um weitere 2 Wochen, also auf insgesamt 14 Wochen, verlängert. Handelt es sich bei einer Mehrlingsgeburt jedoch gleichzeitig um eine komplizierte Entbindung, so wird der Wochenurlaub nur einmal verlängert, § 4 Abs. 2 Satz 2 der VO über die Erhöhung der staatlichen Geburtenbeihilfe und die Verlängerung des Wochenurlaubs vom 10.5.1972.

Wenn die Entbindung vor dem angenommenen Termin erfolgt, dann wird der Wochenurlaub um den nicht in Anspruch genommenen Schwangerschaftsurlaub verlängert (§ 43 Abs. 3 Satz 1 SVO), damit die Arbeitnehmerin ebenfalls in den vollen Genuß von mindestens 18 Wochen Schwangerschafts- und Wochenurlaub kommt.

Bei einer gegenüber dem errechneten Zeitpunkt verspäteten Entbindung erstreckt sich der Schwangerschaftsurlaub bis zum Tag der tatsächlichen Entbindung, dauert also länger als 6 Wochen, § 43 Abs. 3 Satz 2 SVO. Die zusätzlich gewährten Tage werden nicht auf den Wochenurlaub angerechnet,[617] so daß die Arbeitnehmerin nun insgesamt mehr als 18 Wochen von der Arbeit freigestellt ist.

§ 4 Abs. 4 der VO über die Erhöhung der staatlichen Geburtenbeihilfe und die Verlängerung des Wochenurlaubs vom

---

615 Im Gegensatz zu den §§ 3 Abs. 2, 6 Abs. 1 MuSchG 1968 wird im Mutterschutzrecht der DDR damit schon bei der Gewährung des Schwangerschafts- und Wochenurlaubs und nicht erst bei der Frage der entsprechenden Entgeltsicherung darauf abgestellt, ob die betreffende Arbeitnehmerin sozialpflichtversichert ist. Da jedoch die werktätigen Frauen gem. § 14 Abs. 1 SVO bereits bei einem monatlichen Mindestverdienst von 75,- M pflichtversichert sind, kommt dieser Bedingung in der Praxis wohl kaum erhebliche Bedeutung zu.

616 Zum Nachweis dieser Ansprüche vgl. § 32 der 1. DBest. zur SVO vom 10.9.1962 (GBl. II S. 625)

617 Michas und andere, S. 711

10.5.1972 bestimmt für einen Sonderfall schließlich noch ergänzend: Befindet sich das Kind nach Ablauf von 6 Wochen nach der Entbindung noch in stationärer Behandlung, so hat die Mutter das Recht, den Wochenurlaub zu unterbrechen und im Interesse der Pflege des Kindes nach Entlassung aus dem Krankenhaus die 6 Wochen überschreitende Zeit des Wochenurlaubs erst nach Beendigung des stationären Aufenthalts des Kindes in Anspruch zu nehmen. Der restliche Wochenurlaub muß spätestens 3 Monate nach der Unterbrechung angetreten werden.

V Die Gewährung von Stillpausen

Über die Dauer des Wochenurlaubs hinaus wird die stillende Mutter ferner durch § 132 GBA in gewissem Umfang von der Arbeit befreit.

Ihr sind bei Vorlage einer Stillbescheinigung bis zu 6 Monaten nach der Niederkunft täglich zwei Stillpausen von je 45 Minuten zu gewähren, die sie zusammenhängend zu Beginn oder Ende der täglichen Arbeitszeit nehmen kann. Finanzielle Nachteile - etwa in der Form einer Lohnminderung - entstehen ihr dadurch nicht, § 132 S. 2 GBA.

4. Kapitel: Die Entgeltsicherung der werktätigen Schwangeren und Wöchnerinnen

Wie in der Bundesrepublik Deutschland werden auch in der DDR die Vorschriften über die Beschäftigungsverbote von entsprechenden gesetzlichen Regelungen ergänzt, die der werktätigen Frau die materiellen Grundlagen ihrer Lebensführung ungeschmälert erhalten sollen, wenn sie aufgrund der Schwangerschaft ihre frühere Arbeit zumindest nicht mehr im bisherigen Umfang verrichten oder aber überhaupt keiner Tätigkeit mehr nachgehen kann.

I Die Entgeltsicherung der auf Schonplätzen arbeitenden Frauen

Erscheint aufgrund eines ärztlichen Gutachtens das Leben oder die Gesundheit der Frau bzw. des Kindes an dem bisherigen Arbeitsplatz gefährdet und wird die Schwangere oder stillende Mutter daher an einen Schonplatz versetzt, wo sie nur leichtere Tätigkeiten zu verrichten hat - z.B. bekommt die Arbeiterin vom Fließband einen Platz in der Materialausgabe oder die Weberin wird Warenbeschauerin - so erleidet sie auch dann keine finanzielle Einbuße, wenn der dabei erreichte Lohn unter ihrem Durchschnittsverdienst liegt. Gem. § 129 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 GBA erhält sie in diesen Fällen den Differenzbetrag bis zum Durchschnittsverdienst als Ausgleichszahlung.

II Die Entgeltsicherung der Frauen beim völligen Einstellen der Arbeit

Nicht ausdrücklich geregelt ist hingegen die Lohnzahlung der Frauen, welche als Folge ihrer Schwangerschaft überhaupt keiner Tätigkeit mehr in dem Betrieb nachgehen können; sei es, daß sie grundsätzlich wohl noch in der Lage wären, leichtere Arbeiten auf Schonplätzen zu leisten, es der Betrieb aber versäumt hat, derartige Arbeitsplätze einzurichten und zur Verfügung zu stellen,[618] oder sei es, daß die Schwangerschaftsbeschwerden bei ihnen einen Grad erreichen, der jegliche Weiterarbeit ausnahmslos verbietet.

Im ersten Fall liegt eindeutig eine Pflichtverletzung auf seiten des Betriebes vor. Wäre der Arbeitnehmerin durch die gebotene Bereitstellung von Schonplätzen zumindest die Möglichkeit einer weniger anstrengenden Weiterarbeit geschaffen worden, so hätte sie selbst bei einer "minderwertigeren" Tätigkeit laut § 129 Abs. 3 GBA doch den bis-

618 Siehe dazu Michas und andere, S. 457

herigen Durchschnittsverdienst weiterhin erhalten. Führt aber die Nachlässigkeit und Pflichtverletzung des Betriebes dazu, daß für die Schwangere, die zur Arbeit bereit und in der Lage ist, überhaupt keine Gelegenheit zur Beschäftigung gegeben ist, also auch nicht die Voraussetzungen des § 129 Abs. 3 Satz 2 GBA vorliegen könne, so darf das nicht zu Lasten der werktätigen Frau gehen. Eine derartige Situation ist daher entsprechend der Regelung des § 129 Abs. 3 Satz 2 GBA zu beurteilen. Die Schwangere oder stillende Mutter behält ihren Lohnanspruch gegen den Betrieb in Höhe des bisherigen Durchschnittsverdienstes.

Im zweiten Fall, wo die Unmöglichkeit der Beschäftigung ihren Ursprung dagegen einzig und allein in der außergewöhnlichen Intensität der mit der Schwangerschaft verbundenen Beschwerden hat, liegt, was auch durch ein auf die wohl bewußte Nichterwähnung dieser Konstellation im Bereich der §§ 129 ff. GBA gestütztes argumentum e contrario unterstrichen wird, eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit vor, für die die Krankengeld- und Lohnausgleichsansprüche den §§ 103, 104 GBA i.V. mit den §§ 28 ff. SVO zu entnehmen sind.

III Die Entgeltsicherung während des Schwangerschafts- und Wochenurlaubs[619]

1) Die sozialversicherten Frauen

Für die gesamte Dauer des Schwangerschafts- und Wochenurlaubs - also auch dann, wenn gem. § 43 Abs. 3 Satz 2 SVO der Schwangerschaftsurlaub über die Dauer von 6 Wochen verlängert wurde - erhalten die sozialversicherten Frauen Schwangerschafts- und Wochengeld.

Dieser Grundsatz ist sowohl dem § 131 Abs. 2 GBA als auch dem § 5 der VO über die Erhöhung der staatlichen Geburtenbeihilfe und die Verlängerung des Wochenurlaubs vom 10.5. 1972[620] zu entnehmen. Entsprechend der Verlängerung des

---

619 Auf die weiteren Sach- und Geldleistungen, die von der Sozialversicherung im Zusammenhang mit der Schwangerschaft und Entbindung erbracht werden, kann hier nicht näher eingegangen werden; vgl. dazu Mampel, S. 439 ff.; Michas und andere, S. 684 ff.; Rühl, AuA 1969, 341 ff. Hinzuweisen ist jedoch auf § 1 Abs. 1 der VO über die Erhöhung der staatlichen Geburtenbeihilfe und die Verlängerung des Wochenurlaubs, wonach Frauen - ohne daß es auf das Bestehen eines Sozialversicherungsverhältnisses ankommt, vgl. § 2 lit. c der VO - bei der Geburt jedes Kindes einheitlich eine staatliche Geburtenbeihilfe in Höhe von insgesamt 1.000,- M erhalten. Nach § 1 Abs. 2 der VO erwirbt die Schwangere bzw. Wöchnerin den Anspruch auf die einzelnen Teilbeträge überwiegend im Zusammenhang mit den Vorstellungen bei der Schwangeren- oder Mütterberatungsstelle. Dahinter steht wohl eindeutig die Absicht, sie mit Hilfe eines solchen Auszahlungsmodus zum regelmäßigen Besuch der Beratungsstellen anzuhalten.
Durch die Vorschrift des § 1 Abs. 1 der VO wurde die bisherige Regelung des § 2 Abs. 1 des Gesetzes über den Mutter- und Kinderschutz und die Rechte der Frau abgelöst, die bei der Berechnung der damals noch unterschiedlich hohen, nämlich zwischen 500,- M und 1.000,- M betragenden Beihilfe auf die Zahl der zuvor schon geborenen Kinder abstellte.

620 GBl. II S. 314

Wochenurlaubs auf wenigstens 12 Wochen gleicht nunmehr der § 1 Abs. 1 der 5. VO über die Verbesserung der Leistungen der Sozialversicherung vom 10.5.1972[621] die Zahlungsdauer des Schwangerschafts- und Wochengeldes an den Zeitraum von mindestens 18 Wochen an.[622]

Das Schwangerschafts- und Wochengeld wird von der Sozialversicherung der Arbeiter und Angestellten gezahlt und erreicht die Höhe des Nettodurchschnittsverdienstes, §§ 131 Abs. 2 GBA, 44 Abs. 1 SVO. Gem. § 1 Abs. 2 der 5. VO über die Verbesserung der Leistungen der Sozialversicherung vom 10.5.1972 ist bei der Berechnung der Nettodurchschnittsverdienst zugrunde zu legen, der für die Ermittlung des erhöhten Krankengeldes maßgebend ist. Das so errechnete Schwangerschafts- und Wochengeld wird an den Lohn- und Gehaltstagen ausgezahlt, § 55 Abs. 3 SVO.

2) Die nicht sozialversicherten Frauen

Entsprechend den §§ 131 GBA, 43, 44 Abs. 1 SVO erhalten grundsätzlich nur sozialpflichtversicherte, d.h. noch in einem Arbeitsverhältnis stehende Frauen den bezahlten Schwangerschafts- und Wochenurlaub. Eine Ausnahme gilt jedoch für Frauen, die vor Beginn des Schwangerschaftsurlaubs unbezahlte Freizeit gem. § 128 Abs. 2 GBA - zur Pflege ihrer erkrankten Kinder - erhalten haben oder deren Arbeitsverhältnis ohne ihr Verschulden - z.B. bei Strukturveränderung - gelöst worden ist. Hier bleibt auch den nicht mehr im Arbeitsverhältnis stehenden und somit auch nicht mehr in der Sozialversicherung versicherten Arbeitnehmerinnen der Anspruch auf Schwangerschafts- und Wochengeld erhalten, § 30 der 1. DBest. zur SVO vom 10.9. 1962.[623] Allerdings muß dann die Schwangerschaft bei der

---

621 GBl. II S. 307

622 Zur Zahlungsdauer bei einer gegenüber der Vorausberechnung verspäteten Entbindung siehe § 1 Abs. 1 der 1. DBest. zur 5. VO über die Verbesserung der Leistungen der Sozialversicherung vom 10.5.1972, GBl. II S. 308

623 GBl. II S. 425

Beendigung des Arbeitsverhältnisses bereits bestanden haben.[624]

Die gleiche Ausnahme gilt gem. § 16 SVO für eine werktätige Frau, die vor Beginn des Schwangerschaftsurlaubs aus eigenem Entschluß aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet oder deren befristete Tätigkeit durch Zeitablauf endet. Voraussetzung ist dabei jedoch, daß ihr Schwangerschaftsurlaub innerhalb von 3 Wochen nach dem Ausscheiden beginnt, nach dem Ausscheiden keine versicherungspflichtige Tätigkeit ausgeübt wird (§ 16 Abs. 2 SVO) und sie überdies in den letzten 12 Monaten vor dem Ausscheiden mindestens 26 Wochen oder unmittelbar vor dem Ausscheiden mindestens 6 Wochen pflichtversichert war, § 16 Abs. 3 SVO.

IV Die Entgeltsicherung bei vorübergehender Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit, Arbeitsunfall oder Berufskrankheit, wenn diese während des Schwangerschafts- oder Wochenurlaubs auftritt

Eine dem § 1 Abs. 2 Nr. 3 LFG entsprechende Vorschrift ist § 31 der 1. DBest. zur SVO, der das Verhältnis von Schwangerschafts- und Wochengeld zu den bei Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit, Arbeitsunfall oder Berufskrankheit zu erbringenden Leistungen der Sozialversicherung regelt. Hiernach kommt beim Zusammentreffen von Schwangerschafts- und Wochenurlaub und einer aus den o.a. Gründen hergeleiteten Arbeitsunfähigkeit der Zahlung von Schwangerschafts- und Wochengeld der Vorrang gegenüber den Leistungen aus der Krankenversicherung - Krankengeld, Haus- oder Taschengeld - zu, § 31 Abs. 1 der 1. DBest. zur SVO. Das gilt nach § 31 Abs. 2 der 1. DBest. zur SVO

---

624 Das ist zwar nicht ausdrücklich im Gesetz erwähnt, wird aber von der Rechtslehre, im Hinblick auf eine sachgerechte Einschränkung des § 30 der 1. DBest. zur SVO wohl auch zutreffend, als zusätzliche Bedingung gefordert; siehe Michas und andere, S. 710

in gleicher Weise, wenn die Entbindung vorzeitig eintritt und die Frau innerhalb von 6 Wochen vor der vorzeitigen Entbindung wegen vorübergehender Arbeitsunfähigkeit befreit war. § 31 Abs. 3 der 1. DBest. zur SVO stellt schließlich klar, daß die Zeit der Zahlung von Schwangerschafts- und Wochengeld bei der Ermittlung der Bezugsdauer des Krankengeldes, Haus- und Taschengeldes nicht in Ansatz gebracht wird.

5. Kapitel: Der Kündigungsschutz der werktätigen Schwangeren und Wöchnerinnen

I Der Schutz bei fristgemäßer Kündigung

Die gesetzliche Grundlage des besonderen Kündigungsschutzes der Schwangeren und Mütter bildet § 133 GBA: Der Betrieb darf Schwangeren und Müttern bis zum Ablauf des sechsten Monats nach der Niederkunft nicht kündigen. Die Vorschriften über die fristlose Entlassung bleiben davon unberührt.

Die junge Mutter ist also im Anschluß an die Entbindung um 2 Monate länger gegen eine vom Betrieb ausgehende Kündigung geschützt als in der Bundesrepublik Deutschland. Es fehlt auch in § 133 Satz 1 GBA die in § 9 Abs. 3 MuSchG 1968 vorgesehene Möglichkeit der für den Arbeitsschutz zuständigen obersten Landesbehörde, die Kündigung gegenüber einer Schwangeren ausnahmsweise für zulässig zu erklären. Weiterhin enthält § 133 Satz 1 GBA nicht die Bedingung, daß dem Betrieb zur Zeit der Kündigung die Schwangerschaft bekannt oder doch zumindest anschließend innerhalb eines gewissen Zeitraums mitgeteilt sein muß.

Bedenkt man schließlich, daß dieses Kündigungsverbot sogar gegen § 31 Abs. 2 lit. c GBA durchgreift,[625] also auch einer Schwangeren nicht gekündigt werden darf, mit

---

625 Mampel, S. 223

der eine Tätigkeit vereinbart wurde, die wegen eines durch die Schwangerschaft bedingten gesetzlichen Verbots nicht ausgeübt werden kann[626] - für diese Frau muß dann vielmehr ein anderer Arbeitsplatz gesucht und dementsprechend ein Änderungsvertrag abgeschlossen werden - so ist es in der Tat wohl berechtigt, den Schutz der Schwangeren und jungen Mutter vor betriebsseitigen Kündigungen im Vergleich zu § 9 MuSchG 1968 als weitgehender zu bezeichnen.

II Der Schutz bei fristloser Entlassung

Diese allgemein erscheinende Aussage ist jedoch in der Folge entscheidend einzuschränken. Sie behält ihre Gültigkeit - aufgrund einer unterschiedlichen Terminologie - nur für eine solche vom Betrieb ausgehende Kündigung, die bei uns als "ordentliche" Kündigung bezeichnet wird. Die in unserem Recht auf einem wichtigen Grund basierende außerordentliche oder fristlose Kündigung (§ 626 BGB) ist dem ostzonalen Arbeitsrecht unbekannt. An ihre Stelle tritt das Recht zur fristlosen Entlassung (§ 32 GBA), das jedoch, abweichend von der außerordentlichen oder fristlosen Kündigung, nur vom Betrieb, nicht hingegen vom Arbeitnehmer geltend gemacht werden kann. Gerade diese fristlose Entlassung wird aber schon per definitionem von einem Kündigungsverbot nicht erfaßt. Das wird durch § 133 Satz 2 GBA nur noch bestätigt.

---

626 Der so geschlossene Vertrag ist keinesfalls, wie etwa in der Bundesrepublik Deutschland in vergleichbaren Fällen unter Hinweis auf § 134 BGB vertreten wird (so BAG vom 27.11.1956, AP Nr. 2 zu § 4 MuSchG; BAG vom 6.10.1962, AP Nr. 24 zu § 9 MuSchG), nichtig. Entspricht ein Arbeitsvertrag nicht den gesetzlichen Bestimmungen, verstößt er z.B. gegen ein Beschäftigungsverbot oder Berufsausübungsverbot, so sind gem. § 23 Abs. 2 GBA die Mängel durch die Beteiligten zu beseitigen, oder der Arbeitsvertrag ist nach den §§ 31 - 35 GBA (Auflösungsvertrag oder fristgemäße Kündigung) aufzulösen. Siehe dazu auch unten S. 211

Die in § 133 Satz 2 GBA erklärte Anwendbarkeit der Vorschriften über die fristlose Entlassung beeinträchtigt im Bereich des besonderen Kündigungsschutzes die Rechte der Arbeitnehmerinnen in der DDR gegenüber denen ihrer Kolleginnen in der Bundesrepublik Deutschland gleich in zweifacher Hinsicht.

1) Die Zulässigkeit der fristlosen Entlassung

Zum einen sind die werktätigen Schwangeren und Mütter im anderen Teil Deutschlands überhaupt nicht davor geschützt, ihren Arbeitsplatz durch eine fristlose Entlassung zu verlieren.

Hält man sich vor Augen, unter welchen Voraussetzungen eine fristlose Entlassung in der DDR möglich ist, so erkennt man die eindeutig gesellschaftspolitische Motivation dieser Regelung. Laut § 32 GBA kommt eine fristlose Entlassung der Werktätigen in Frage, wenn sie ihre staatsbürgerlichen Pflichten oder die sozialistische Arbeitsdisziplin schwerwiegend verletzt hat. Vorangehen sollen dem nach § 32 Satz 2 GBA in der Regel Erziehungs- und Disziplinarmaßnahmen.

Wer sich derartig schwerwiegende Verstöße gegen die allgemeinen Grundlagen des sozialistischen Staates zuschulden kommen läßt und sich überdies allen Disziplinar- und Erziehungsmaßnahmen verschließt, kann - von dem Ausgangspunkt her, daß die Stellung im Arbeitsprozeß die Stellung in der sozialistischen Gesellschaft reproduziert,[627] nur zwingend - nicht damit rechnen, des gesteigerten gesetzlichen Arbeitsplatzschutzes teilhaftig zu werden. Er hat sich durch sein Verhalten selbst aus der Gemeinschaft der Werktätigen ausgeschlossen.

Gerade auch durch die Vorschrift des § 32 Satz 2 GBA wird deutlich, daß der fristlosen Entlassung im System des so-

---

627 Michas und andere, S. 580

zialistischen Arbeitsrechts die Funktion einer die allgemeinen Erziehungs- bzw. Disziplinarmaßnahmen übersteigenden, gegen ein grundsätzliches Fehlverhalten zielenden Sanktion zukommt, gegenüber der der Hinweis auf die Schwangerschaft keine hemmende Wirkung entfalten kann.[628]

2) Kein Recht der Arbeitnehmerin zur einseitigen, fristlosen Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Sieht sich die erwerbstätige Frau in der DDR, im Gegensatz zu den auch insoweit durch § 9 MuSchG 1968 geschützten Arbeitnehmerinnen in der Bundesrepublik Deutschland, während der Zeit der Schwangerschaft und im Anschluß an die Entbindung der Gefahr ausgesetzt, fristlos entlassen zu werden, so hat sie auf der anderen Seite, da das Recht zur fristlosen Entlassung schon begrifflich nur dem Betrieb zustehen kann, dennoch nicht - wie etwa in § 10 Abs. 1 MuSchG 1968 - die korrespondierende Möglichkeit, in dieser Zeit ihrerseits das Arbeitsverhältnis fristlos zum Ende des Wochenurlaubs zu kündigen, weil sie sich jetzt ganz der Pflege des Neugeborenen widmen will. Wenn sie das beabsichtigt, ist sie vielmehr gezwungen, entweder fristgemäß zu kündigen (§ 31 Abs. 2 GBA), was für sie unter Umständen bedeutet, nach Ablauf des Wochenurlaubs die Arbeit noch einmal aufnehmen zu müssen, oder sie vereinbart, wozu sie nach § 31 Abs. 1 GBA sogar in erster Linie angehalten ist,[629] die Auflösung des Arbeitsverhältnisses in der Form eines Aufhebungsvertrages. Ein solcher Aufhebungsvertrag erfordert aber, wie jeder Vertrag, eine Willensübereinstimmung der Arbeitsvertragspartner. Erklärt sich also der Betrieb, aus welchen Gründen auch immer, mit einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu den von der Arbeitnehmerin vorgeschlagenen Be-

---

628 Siehe auch Bericht der Bundesregierung und Materialien zur Lage der Nation (1972), Bdnr. 365

629 Michas und andere, S. 194

dingungen nicht einverstanden, so bleibt für die Frau nur der Weg der fristgemäßen Kündigung, der aber möglicherweise die bereits dargelegten Schwierigkeiten in sich birgt.

III Der Schutz bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne Kündigung

Hinsichtlich der Beendigung des Arbeitsverhältnisses einer Schwangeren oder jungen Mutter ohne Kündigung gilt in der DDR grundsätzlich das gleiche wie im MuSchG 1968. Das mutterschutzrechtliche Kündigungsverbot kann hier nicht Platz greifen und die Auflösung verhindern. Bei den einzelnen Beendigungsgründen sind jedoch einige abweichende Besonderheiten zu beachten.

1) Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund einer Anfechtung durch den Betrieb

Eine Anfechtung der dem Arbeitsvertrag zugrunde liegenden Willenserklärung durch den Betrieb für die Fälle des Irrtums, der Drohung und der Täuschung vermag nicht die rechtliche Wirksamkeit des Arbeitsvertrages zu beeinflussen. Diese Umstände werden ebenfalls zu den in § 23 Abs. 2 GBA beispielhaft aufgezählten Mängeln des Arbeitsvertrages gerechnet[630] und daher auch ausschließlich nach den dort aufgestellten Regeln behandelt. In Frage kommt deshalb nur die Beseitigung dieser Mängel durch die Beteiligten - was allerdings in der Praxis schwer vorstellbar ist - oder die Auflösung des Arbeitsvertrages nach den §§ 31 - 35 GBA, wobei, da einer fristgemäßen Kündigung der § 133 GBA entgegensteht, bloß der Abschluß eines Aufhebungsvertrages verbleibt. Dieser wiederum bedarf unbedingt des Einverständnisses der Arbeitnehmerin.

---

630 Mampel, S. 204

2) Die Beendigung des befristeten Arbeitsverhältnisses durch Ablauf der Befristung

§ 22 GBA legt die allgemein[631] zulässige Höchstdauer von Befristungen des Arbeitsvertrages auf 6 Monate fest, doch muß auch die innerhalb dieses zeitlichen Rahmens liegende Befristung gerade wegen der Art der Arbeit oder aus Gründen der Arbeitsorganisation notwendig sein. Aus diesem Erfordernis ergibt sich weiterhin nach übereinstimmender Auffassung von Literatur und Rechtsprechung,[632] daß die Vereinbarung einer befristeten Probezeit überhaupt unzulässig ist, der Ablauf eines dermaßen vereinbarten Zeitraumes also niemals zur rechtswirksamen Beendigung des Arbeitsvertrages führen kann.[633]

3) Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch kollektivrechtliche Kampfmaßnahmen

"In einer Arbeitsverfassung, die nach den Prinzipien der Interessenidentität und des demokratischen Zentralismus strukturiert ist, ist der Arbeitskampf nicht vorgesehen."[634]

So stellt sich weder für Rechtslehre noch Rechtsprechung in der DDR auf dem Bereich des gesetzlichen Mutterschutzes die Frage, ob kollektivrechtliche Kampfmaßnahmen die Arbeitsverhältnisse schwangerer Frauen wirksam zu lösen vermögen oder ob einer derartigen Rechtsfolge der § 133 Satz 1 GBA gleichfalls entgegensteht.

---

631 Die Festlegung davon abweichender Höchstfristen durch arbeitsrechtliche Bestimmungen ist zulässig, § 22 Abs. 1 Satz 2 GBA

632 Vgl. nur Demmler und andere, S. 53; Michas und andere, S. 170; Bezirksgericht Gera vom 25.2.1966, AuA 1966, 398

633 Für die Lehrlingsverhältnisse vergleiche die Anordnung des Vorsitzenden der Staatlichen Plankommission vom 22.12.1964, GBl. 1965 II S. 1. Hier regelt § 11 die Beendigung des Lehrvertrages. Dieser endet mit bestandener Lehrabschlußprüfung oder im Falle des Nichtbestehens nach Ablauf der vertraglich festgelegten Lehrzeit.

634 Mampel, S. 204

6. Kapitel: Das Ruhen des Arbeitsverhältnisses im Anschluß an den Wochenurlaub

Bereits im Zusammenhang mit der Erörterung des § 10 Abs. 2 MuSchG 1968 wurde auf die Vorschrift des § 131 Abs. 4 GBA verwiesen,[635] die, ähnlich dem § 15 Abs. 1 im österreichischen MuSchG, den Müttern das Recht zugesteht, im Anschluß an den Wochenurlaub unbezahlte Freizeit längstens bis zum Ende des ersten Lebensjahres des Kindes zu verlangen.

Dadurch soll zum einen der Frau Gelegenheit gegeben werden, das Neugeborene möglichst lange selbst zu betreuen ohne dafür den Erholungsurlaub in Anspruch nehmen zu müssen; zum anderen wird dadurch erreicht, daß bei einer notwendigen oder auch erstrebenswerten Unterbrechung der Berufstätigkeit anläßlich der Geburt des Kindes die Bindung zum Betrieb weiterbestehen bleibt.[636]

Macht die Mutter von ihrem Recht Gebrauch - was nicht unmittelbar im Anschluß an den Wochenurlaub erfolgen muß, sondern auch später geschehen kann, sofern dann nur noch nicht das erste Lebensjahr des Kindes vorüber ist - so ruht das Arbeitsverhältnis während dieser Zeit. Es ist nicht aufgelöst oder aufgehoben; die Betriebszugehörigkeit wird nicht unterbrochen (§ 131 Abs. 4 Satz 2 GBA), doch hat die junge Mutter nun keinen Anspruch mehr gegen den Betrieb auf Lohnzahlung. Erhalten bleiben ihr dagegen die Ansprüche auf die Sachleistungen der Sozialversicherung (§ 17 lit. c SVO), das Recht zur Teilnahme an betrieblichen Veranstaltungen und betrieblichen Lehrgängen sowie das Recht auf den Arbeitsplatz. Das wiederum führt dazu, daß die berufstätige Frau nach der Freistellung bei Wiederaufnahme der Arbeit den Einsatz sowohl in der gleichen Tätigkeit als auch in der gleichen Lohn- und Gehaltsgruppe verlangen kann.[637]

---

635 Vgl. oben S. 166 f.

636 Michas und andere, S. 592

637 Rühl, RdA 1969, 342

Bei der Realisierung dieses Rechts treten, was letzten Endes auch zum Scheitern der in die gleiche Richtung zielenden Vorschläge in der Bundesrepublik Deutschland geführt hat,[638] für den Betrieb und für die Arbeitnehmerin gleichermaßen Probleme auf, die hier jedoch nur kurz angedeutet werden können.[639]

Nicht immer wird es möglich sein, der werktätigen Frau den bisher innegehabten Arbeitsplatz erneut zuzuweisen. Soll sie auf einer für sie günstigeren Stelle beschäftigt werden und ist sie damit einverstanden, so wird ihre Wiedereingliederung in den Produktionsprozeß reibungslos vonstatten gehen. Anders ist es dagegen, wenn technologische Veränderungen, die vom Betrieb in der Zwischenzeit vorgenommen wurden, einer erneuten Verwendung der nun nicht mehr ausreichend qualifizierten Arbeitnehmerin an ihrem alten Platz entgegenstehen. Um diese Frage befriedigend zu lösen, bedarf es auch während der Freistellungszeit der Arbeitnehmerin eines engen Kontakts zwischen ihr und dem Betrieb.

Gleiches gilt schließlich für den Fall, daß während der längeren Tätigkeitsunterbrechung der Frau eine zusätzliche Aushilfskraft zur Weiterführung ihrer Arbeit eingestellt wird. Erweist sich die Aushilfskraft als qualifizierter, so wird der Betrieb bemüht sein, sie für immer an diesem Platz einzusetzen. Daraus folgt dann aber die Notwendigkeit, der die Arbeit wieder aufnehmenden Mutter eine neue Aufgabe zu übertragen, bei der sie keine Nachteile in bezug auf ihren Lohn oder die Möglichkeiten zur persönlichen Qualifizierung hinnehmen muß.[640]

---

638 Siehe Schriftl. Bericht des Ausschusses für Arbeit des BT, BTDrucks. zu IV/3652, S. 6

639 Vgl. zum Ganzen Michas und andere, S. 592 ff.; Bossmann/Weise, AuA 1965, 161 ff.

640 Michas und andere, S. 594

L e b e n s l a u f

Am 12. Juni 1944 wurde ich als Sohn des Augenarztes Dr. Gerhart Luntz und seiner Ehefrau Elsbeth geb. Reddehase in Holzminden geboren.

Nach dem Besuch der Volksschule und des Gymnasiums für Jungen in Holzminden bestand ich am 22. Februar 1963 die Reifeprüfung.

Vom 1. April 1963 bis zum 31. März 1965 diente ich bei der Bundeswehr. Inzwischen bin ich Hauptmann der Reserve.

Zum Sommersemester 1965 begann ich an der Universität Hamburg das Studium der Rechtswissenschaft, das ich mit dem Wintersemester 1965/66 in Göttingen fortsetzte und am 2. Juli 1970 vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Celle mit der ersten juristischen Staatsprüfung abschloß.

Nach einer Tätigkeit als wissenschaftliche Hilfskraft beim Juristischen Seminar wurde mir an der Universität Göttingen zum 1. April 1971 die Stelle des Wissenschaftlichen Assistenten (Verw.) am Institut für Sozialpolitik und Sozialrecht, Abteilung für Sozialrecht, Direktor Professor Dr. Neumann-Duesberg, übertragen, die ich bis zum 30. April 1973 innehatte.

Am 2. Mai 1973 habe ich den juristischen Vorbereitungsdienst im Bereich des Oberlandesgerichts Celle angetreten.